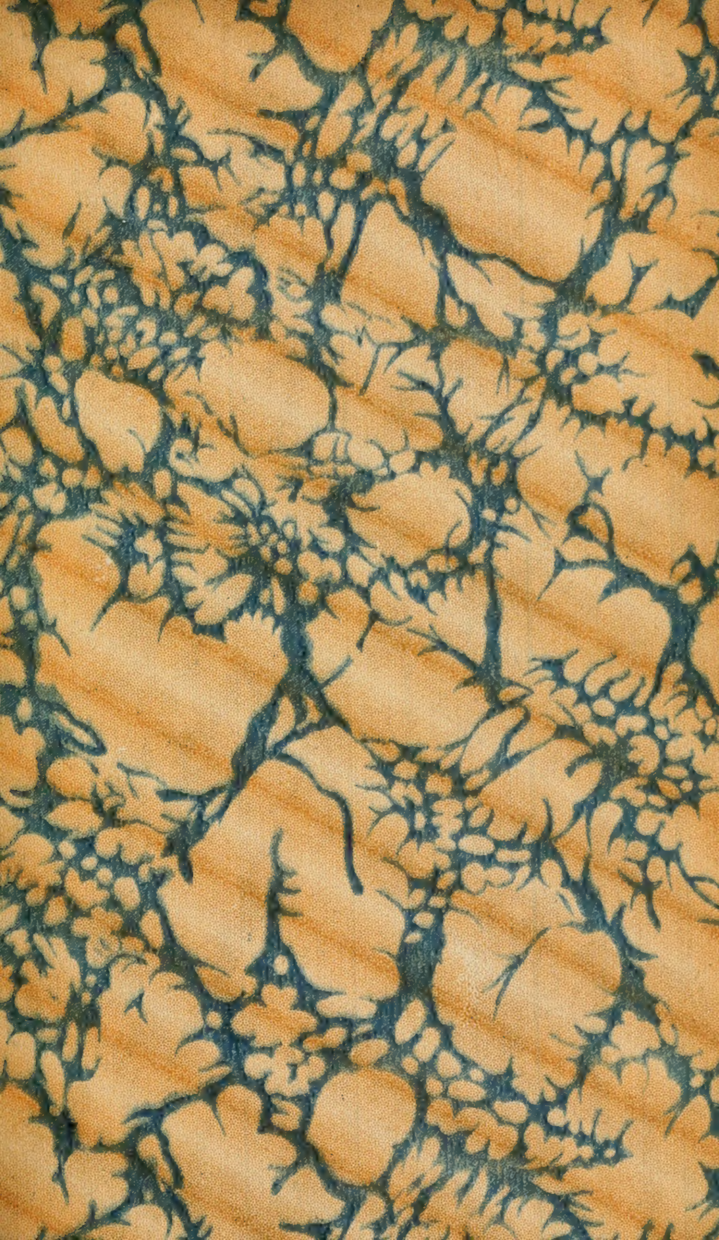

UNIVERSITY OF ST. MICHAEL'S COLLEGE
3 1761 02159970 9




John M. Kelly Library
John M. Kelly Library



LE DROIT, L'IDÉALISME ET L'EXPÉRIENCE

LIBRAIRIE FÉLIX ALCAN

DU MÊME AUTEUR

La Foi jurée : *Étude sociologique du Problème du contrat. La Formation du lien contractuel*, 1 vol. in-8.

LE DROIT, L'IDÉALISME

ET L'EXPÉRIENCE

PAR

GEORGES DAVY

Chargé de Cours à la Faculté des Lettres de Dijon

LIBRAIRIE FÉLIX ALCAN

108, BOULEVARD SAINT-GERMAIN, 108

—

1922

AVERTISSEMENT

*Je réunis dans ce petit livre, et sans changer autre chose que les titres, trois études qui ont paru dans des recueils aujourd'hui épuisés : la première dans l'*Année Sociologique *(tome XII) sous le titre « Personnalité et sujet de droit », les deux dernières dans la* Revue Philosophique (*numéros de Mars-Avril et Mai-Juin 1920) sous le titre : « l'Idéalisme et les conceptions réalistes du droit ».*

J'ai cru devoir reproduire ces articles sans y faire ni changement ni addition. Depuis qu'ils ont été écrits, M. Duguit a fait paraître une seconde édition remaniée et augmentée du tome premier de son Traité de Droit constitutionnel; *et dans cet ouvrage (en particulier p. 35 et sq.; 59 et sq.; 407 et sq.) il tient compte du point de vue que j'ai exposé et discute les objections que j'ai présentées à sa doctrine. Mais comme il doit faire paraître*

*prochainement un volume sur la « Souveraineté »,
j'ai préféré attendre, pour lui répondre à mon tour et le discuter, que ce volume annoncé ait paru. Enfin j'ai eu l'occasion également depuis que les articles ici réunis ont été écrits de revenir sur les théories de M. Gény dans un article de la* Revue de Métaphysique et de Morale *de Janvier-Mars 1921, p. 49-75) intitulé : « A propos de l'évolution de la pensée juridique contemporaine.*

Dijon, Janvier 1922.

LE DROIT, L'IDÉALISME ET L'EXPÉRIENCE

PREMIÈRE PARTIE

Le Droit et la Notion de Personne[1]

I. Le sujet de droit : individu et collectivité. — II-III. Les vues de Saleilles : droit corporatif, droit romain et droit germanique. — IV. Les théories individualistes de la fiction et les conclusions de Saleilles. — V. M. Hauriou : institution et droit objectif. — VI. La personnification et le droit subjectif d'après M. Hauriou. — VII. Critique des conclusions de M. Hauriou. — VIII. Le réalisme radical de M. Duguit.

Nous assistons aujourd'hui à une crise de la science du droit. Les juristes parlent d'une transformation du droit privé et du droit public, d'une reconnaissance du droit naturel, d'une révision nécessaire du Code civil. Des théories nouvelles surgissent du droit constitutionnel, de l'Etat, de la responsabilité et de la liberté. Il semble que tout soit remis en question et que l'on veuille décidément reconstruire sur des fondements nouveaux. La vieille assise individualiste ne semble

1. Cette étude a paru dans l'*Année Sociologique* (t. XII), sous la forme d'un compte-rendu critique intitulé « Personnalité et sujet de droit ». Elle a été écrite à propos des ouvrages

plus ni assez large ni assez solide. Or, parmi les problèmes actuellement débattus l'un de ceux qui semblent le plus constamment à l'ordre du jour est celui de la personnalité juridique. Il domine tous les travaux récents. C'est qu'en effet il est au cœur même du droit privé aussi bien que du droit public et qu'il constitue en définitive le problème fondamental du droit.

I

Qui est sujet de droit, source de droit? Est-ce seulement la personne réelle douée de volonté, c'est-à-dire l'individu psychologique, et doit-on par conséquent recourir à une fiction quand on parle de personnalité juridique à propos d'une collectivité ou d'une institution, et sans avoir affaire à un individu réel et distinct? Ou bien les groupements d'individus ou d'intérêts ne présentent-ils pas, sans constituer physiquement une personne réelle avec corps et volonté uniques, assez de réalité cependant pour que le législateur les considère immédiatement et sans aucune fiction comme une personne *sui generis*, et voie en eux un sujet et une source de droit? — On

suivants : R. Saleilles. *De la personnalité juridique*, Paris, 1910; M. Hauriou. *Principes de Droit public*, Paris, 1910; M. Hauriou. *Les idées de M. Duguit*, broch., 1911; M. Hauriou. *La souveraineté nationale*, brochure, 1912; L. Duguit. *Traité de Droit constitutionnel*, Paris. 1911; L. Duguit. *Le Droit social, le Droit individuel et la transformation de l'État*. Paris, 1911. L. Duguit. *Les transformations générales du Droit privé*. Paris, 1912.

comprend qu'aucun problème ne saurait intéresser davantage le sociologue puisqu'il s'agit de savoir en somme si l'on va consacrer juridiquement l'existence indépendante et autonome du groupe ou de l'institution à côté de celle ou au même titre que celle de l'individu. Il est clair que si l'on s'y décide sans artifice ni réticence, la notion même de droit s'en trouvera entièrement renouvelée dans son origine et dans son application. Mais même si on ne fait que tendre plus ou moins consciemment vers cette conception, en substituant peu à peu, sous l'inévitable pression des faits, la théorie de la personne juridique réelle à celle de la personne fictive, notre droit s'en trouvera déjà considérablement transformé et notre tradition individualiste ébranlée.

Or l'histoire des institutions nous révèle en effet une tendance de ce genre et nous montre le groupe s'imposant comme sujet de droit sous forme de personne morale à côté de l'individu personne physique. Mais il n'y a là cependant qu'une tendance : si la personne morale est plus qu'une fiction elle reste moins qu'une réalité. Lorsque les collectivités s'organisent à l'état d'institutions durables, lorsqu'elles présentent une véritable unité d'administration et de décision, dit M. Saleilles, le droit est bien obligé de les accepter comme une réalité qui s'impose à lui; seulement il ne peut la définir qu'au moyen de symboles et de comparaisons. Il la compare à des personnes réelles ayant une individualité distincte

et des droits distincts. La Doctrine hésite, on le voit, sur la façon de définir et de reconnaître cette réalité qui se cherche. Ne peut-elle pas trouver des raisons qui la dispensent de comparaisons, et lui permettent une reconnaissance directe du droit des collectivités? Toute la question est là, et c'est bien ainsi que s'efforcent de la poser Saleilles, Hauriou et Duguit.

En cela ils s'opposent en commun à tous ceux qui s'en tiennent à la thèse purement subjective, à M. Berthelemy, par exemple, qui écrit de la façon la plus décidée : « le mot personne est fait pour désigner les hommes en tant que sujets de droits. Admettre qu'autre chose qu'un homme aura le même rôle, c'est *feindre* que cette chose soit une personne. Quand Caligula élevait son cheval à la dignité de sénateur romain, il *feignait* que ce cheval fût un homme. » Ils s'opposent encore à M. Michoud, sans doute beaucoup moins intransigeant, mais retenu cependant, comme l'a bien indiqué M. Hauriou, par une timidité envers le droit objectif. Unis par le même souci de faire une place au droit objectif ou social, ils se divisent sur la façon de le concilier avec le droit subjectif. Pour M. Duguit cette conciliation consiste en une négation pure et simple du droit subjectif de l'État aussi bien que de l'individu auxquels il refuse et la personnalité et la souveraineté. Mais sa double négation fait évanouir la notion de droit même, car faute d'avoir le sens du social il ne réussit pas à la sauver avec sa théorie trop incon-

sistante de la *règle de droit.* Saleilles au contraire a le sens de la réalité sociale et de son importance, mais il ne peut s'empêcher de définir cette réalité qu'il sent en termes d'individualisme qui l'empêchent de la comprendre dans sa véritable nature. M. Hauriou a, lui aussi, le sens de cette réalité sociale et il tente une très intéressante combinaison entre le droit objectif de l' « institution » et le droit subjectif de la personne. Mais les rapports de ces deux facteurs aussi bien que les postulats de toute la construction restent trop obscurs.

Quoiqu'il en soit et en dépit des divergences entre les auteurs et de l'insuffisante netteté de leurs conclusions, nous nous trouvons bien en présence d'une tendance commune à affirmer le droit des collectivités ou des institutions organisées.

II

Le livre si riche de Saleilles nous permet de suivre la formation de cette tendance dans l'histoire du droit romain et germanique, avant d'en discuter philosophiquement la valeur. L'histoire d'ailleurs nous présente à la fois les deux points de vue puisque nous voyons cette tendance d'une part se réaliser dans les institutions et d'autre part s'affirmer chez les théoriciens. Ainsi à Rome nous rencontrons l'institution du *collegium* et la théorie de l'*universitas.* Et Rome est cependant la terre privilégiée de l'individualisme! Le *collegium* se présente d'abord à Rome comme une imitation,

comme une filiale de la *civitas*. Tant que sa capacité juridique n'est pas une institution de droit privé, il n'est encore qu'un organisme fonctionnant par délégation de la puissance publique. Encore qu'association privée, il n'est en somme qu'une personne morale du droit public.

Cette identification apparaît à Saleilles comme une erreur commune au droit romain et à notre droit français et qui en assimilant, d'après lui, la reconnaissance de personnalités civiles à une concession d'état, à une reconnaissance d'utilité publique, enlève au *collegium* sa nature originaire d'association privée. Il ne semble pas cependant qu'il y ait rien là de contraire à l'essence du droit corporatif, lequel ne nous paraît pas devoir établir de différence de nature autre qu'entre groupement et individu. Peu importe dès lors que le groupement soit plus ou moins restreint, qu'il soit collège, municipe ou état. La distinction entre le point de vue public et le point de vue privé est ici superficielle, ce qui est profond c'est celle entre un droit individuel et non individuel. Pour avoir servi de modèle au droit privé, comme en bien d'autres cas, le droit public n'a rien eu à lui déléguer originairement. Il faut dire que le groupement s'est fait juridiquement reconnaître dans le droit privé *comme* dans le droit public et non *par* le droit public. Si le droit public règlemente cependant, et jusqu'à la fin du second siècle, l'exercice des droits privés du *collegium*, il ne le fait qu'au nom de l'opinion collective source de

tout droit et par laquelle il est réglementé lui-même. En tout cas à l'époque de Gaïus, les *collegia* sont assimilés à des personnes avec capacité civile dérivant du droit commun.

Et c'est dans l'interprétation que Saleilles propose de leur nature qu'on voit apparaître les incertitudes et les contradictions de sa conception du droit social. Critiquant, dans sa première leçon les théories individualistes il déclarait en propres termes : « philosophiquement il y a un droit social avant qu'il y ait un droit individuel. C'est le groupe qui a des droits et qui en communique la virtualité à chacun de ses membres, bien loin que ce soient les individus, comme le voulait Rousseau, qui mettent en commun leurs droits individuels pour créer un organe nouveau et un droit nouveau » (p. 12). Voulant maintenant définir la nature du *collegium* émancipé du droit public, voici comment s'exprime le même auteur quarante pages plus loin : « On cesse de voir dans les collectivités ainsi personnifiées (les *collegia*) des succédanés de la fonction administrative, on en fait ce qu'elles sont réellement, des émanations du droit individuel aggloméré... une pluralité de droits individuels groupés en vue d'une action collective organisée. Ce sont des droits privés qui font masse. »

Il faudrait s'entendre. Si c'est le groupe qui communique ses droits à l'individu, comment le droit du groupe se réduit-il à une masse de droits individuels? Croira-t-on, pour lever la contradic-

tion, que l'auteur sous-entend l'existence réelle d'un droit nouveau issu du fait qu'il y a masse et concentration. Mais il prend soin de nous interdire lui-même cet essai d'interprétation en nous disant de cette concentration : « Ce n'est pas elle qui change le caractère des droits qu'elle a centralisés et unifiés. Ils restent des droits privés, exercés pour le profit d'un certain nombre d'individus. Partout ce sera le but individuel, l'initiative *privée bien que collective* qu'il faudra avoir en vue et faire respecter. » (p. 55). Cette initiative privée bien que collective, que nous soulignons, n'est pas en vérité chose claire. L'obscurité est peut-être augmentée du fait que, partant de la distinction de la légalité et de la capacité des associations, l'auteur oppose à leur sujet le point de vue du droit privé et le point de vue du droit public, et qu'il identifie ensuite avec cette opposition l'opposition pourtant bien différente du point de vue individuel et du point de vue collectif.

L'autorisation rendue nécessaire par la *Lex Julia* pour fonder des associations licites ne fit qu'accentuer la similitude entre les *collegia* et les organismes du droit public. Et cette similitude était si peu propre à fausser le concept de droit corporatif que c'est en la creusant que les juristes romains précisèrent la théorie de l'*universitas*, qui précisément substitue à la notion d'un ensemble de membres réunis en collectivité celle de groupement organique unitaire, et superpose la *respublica* au *populus romanus*, le *municipium*

aux municipes. D'une façon générale l'*universitas* désigne l'unité et la réalité spécifique de toute espèce de groupement de droit public ou privé. Elle s'oppose à la somme des individus, aux *singuli*. Marcien dit en parlant des biens des cités : *universitatis sunt non singulorum*, et de même en parlant du *servus communis* : *nec singulorum pro parte intellegitur sed universitatis*. Ulpien, au Digeste (2.731 3-4) s'exprime non moins nettement. Aussi Saleilles conclut-il avec raison : « l'*universitas* nous apparaît comme un sujet de droit se détachant désormais de la personnalité des individus. » La notion d'unité efface donc celle de pluralité même sous la forme de collectivité indivise. Ce nouveau sujet de droit, propriétaire unique, c'est la cité, c'est le collège considérés dans leur unité corporative.

Toutefois cette conception ne fut peut-être pas dégagée avec une netteté absolue et une rigueur complète par les juristes romains : il y a un flottement dans les textes et certains paraissent se référer à l'idée pluraliste. Hölder et Binder n'ont pas manqué de faire l'objection à Gierke, grand partisan de la thèse de la réalité. On trouvera dans le livre de Saleilles un exposé de la controverse et une très intéressante discussion des textes de Marcien et d'Ulpien. Mais notre auteur, tout en défendant l'interprétation qui fait de l'*universitas* une unité réelle, ne peut décidément pas se la représenter sous sa véritable forme collective. Il lui faut la composer toujours

d'éléments individuels qu'il essaie de fondre ensemble, grâce à la notion de but à atteindre, tentant ainsi une conciliation bien obscure entre la thèse de l'unité et celle de la pluralité, entre Gierke et Hölder : « L'*universitas* des Romains, écrit-il n'était pas un sujet de droit distinct des individualités qui la réalisaient, mais un sujet de droit composé de ces individualités elles-mêmes, de telle sorte que celles-ci trouvaient dans le droit unitaire de l'*universitas* de nouveaux rapports de droit, ou, si l'on veut, de nouveaux droits individuels destinés à caractériser leur situation en tant que membres de l'*universitas*. » (p. 88).

Il nous paraît plus exact et plus clair de conclure que l'*universitas* sut s'imposer à la théorie romaine comme une source distincte de droit, conclusion qui est bien aussi au fond celle où s'incline Saleilles (cf. p. 110-111) en dépit de ses essais de conciliation. L'association, une fois autorisée, il n'était pas besoin d'une nouvelle concession administrative pour lui donner personnalité et capacité : cela prouve bien encore qu'elle trouvait en elle-même, dans sa propre réalité juridique la capacité suffisante pour agir. La doctrine romaine avait plus le sens de la réalité que ne l'a eu notre doctrine du XIXe siècle : elle sut voir, — et Saleilles l'en loue avec raison, — qu' « une institution qui vit et qui fonctionne juridiquement est, au point de vue du droit, une réalité aussi certaine que la personne humaine » (p. 115). La même conclusion s'impose à l'auteur à la fin de son inté-

ressante étude des fondations que nous ne pouvons suivre dans le détail. Le droit romain, tout individualiste qu'il était, a su consacrer juridiquement tous les organismes objectifs que les faits lui imposaient « depuis la personnalité purement corporative de l'association jusqu'à la personnalité de pure affectation des *piae causae* en passant par la conception mixte de la propriété ecclésiastique ».

III

Le même point de vue réaliste touchant le droit des groupes ne pouvait pas ne pas triompher dans le droit germanique. Le régime de communisme qui caractérisait l'état social des Germains y était essentiellement favorable : ils étaient habitués à n'envisager la communauté que par son côté social, et jamais par son côté individualiste. L'indivision ou propriété en main commune, par *Gesamte Hand*, fut donc tout naturellement leur première étape dans le progrès dont nous parlons : au sein de cette indivision on ne pouvait pas individualiser les droits de chacun comme dans la copropriété romaine, car le principe de communauté s'étendait non pas seulement au régime des parts mais aussi à la conception du droit. La propriété commune du droit germanique forme donc une masse à part, administrée par l'ensemble des copropriétaires, et elle recèle en elle la plupart des avantages attachés à la personnalité

civile, d'autant plus qu'en pratique la gestion s'en unifia souvent par délégation, de façon à fonctionner comme ferait un patrimoine érigé en personne juridique et doué de personnalité. Et ainsi, à la différence de ce qui se passait à Rome, l'indivision s'organisait spontanément chez les Germains en association, la *Gesamte Hand* en *Genossenschaft*.

Mais théoriquement la différence entre ces deux formes est grande parce que la seconde seulement réalise l'unification véritable du patrimoine et la substitution du droit collectif au droit individuel des propriétaires communs. La première cependant l'annonçait déjà. Aussi dans ce droit n'est-il besoin de nul effort pour se représenter le droit propre du groupe. Et Saleilles écrit très justement : « pour qui eût voulu à cette époque identifier le droit avec l'idée de volonté, c'est à la volonté collective qu'il eût fallu en rattacher la manifestation. » Et encore : « La force créatrice du droit est au moyen-âge dans les collectivités, à peine dans l'individu ». (p. 200-201). Peu importe après cela que la *Genossenschaft* ne réalise pas encore intégralement dans les faits le droit collectif unitaire, et qu'elle recèle encore en elle des survivances du régime d'indivision : complètement actualisée ou non, la tendance à laquelle elle répond est certaine. Et l'on s'étonne que Saleilles qui l'a si bien analysée et qui a mis si fortement en lumière la volonté collective distincte qu'elle implique cherche encore, après les décla-

rations très nettes que nous avons citées parmi une foule d'autres, un biais qui permette de ramener ce droit au droit subjectif, pour le cas dit-il, où l'on « voudrait à tout prix » donner pour fondement unique au droit la volonté autonome de l'individu.

Pour qui ne le veut pas à tout prix, il faut reconnaître qu'en droit romain le *collegium*, qu'en droit germanique la *Genossenschaft* comme aussi la *Korperschaft* à laquelle Saleilles consacre également un intéressant chapitre, s'imposèrent, dans le domaine des institutions, à la consécration du législateur. Voilà donc des choses qui apparaissent au même titre que les sujets individuels, comme des sources, comme des centres de droit. Il semble dès lors que la théorie n'aura qu'à suivre la pratique pour l'élaborer et dégager de ses indications de fait une notion systématique moins étroite que celle de droit subjectif individuel.

Or après s'être en effet orientée dans cette direction au moyen âge à propos de la *Korperschaft* nous voyons au contraire la doctrine incliner peu à peu vers un point de vue différent. On ne peut évidemment méconnaître l'existence et la situation de fait des collectivités et des institutions, mais on cherche des artifices pour en rendre compte sans renoncer aux principes fondamentaux de l'individualité et de la volonté. C'est ainsi que naît la théorie moderne de la fiction de Savigny et de ses successeurs : elle considère la collecti-

vité comme une entité abstraite, comme une conception de l'esprit, et non comme une réalité, sinon fictive, et conclut par conséquent que la personnalité juridique ne peut être que de création légale, parce que seule la loi peut donner l'être juridique à des entités qui n'existent pas dans la réalité. Il en résulte que la théorie de la fiction se trouve dangereuse, par un curieux contre coup, au droit individuel en même temps qu'au droit des collectivités : c'est le résultat de son principe de l'autorisation légale. Voilà une construction bien compliquée et bien artificielle : de peur d'admettre des droits sans sujet, on invente un sujet fictif, et puis l'invention de ce sujet fictif empêche dans certains cas le sujet réel de jouer son rôle de sujet réel, et tout cela précisément pour sauvegarder la notion de sujet! Mais la contradiction semble bien en effet être le destin de la théorie de la fiction. N'est-elle pas née au moyen âge, comme l'a très bien montré Saleilles, pour consacrer une réalité juridique en soi, et faire sanctionner un nouveau rapport de droit. Et cependant à partir de Domat, de Pothier et de Savigny on voit tout changer : la fiction sert désormais à faire comprendre qu'on avait sanctionné à tort ce rapport juridique nouveau. La fiction produit son effet à rebours : elle aboutit à une déformation de la réalité et à une régression du droit.

D'autres tentatives doctrinales ont été faites encore pour essayer de montrer que le vocable de

personnalité ne désigne véritablement aucune réalité propre. Pour M. Planiol par exemple la personnalité signifierait simplement qu'on est en présence d'un patrimoine qui appartient collectivement à tous les associés; et pour Brinz d'un patrimoine qui n'appartient à personne sinon à son affectation. Dans le premier cas on voit que nous sommes aussi loin que possible de la tendance réaliste à laquelle nous nous sommes attachés. Dans le second on nous fait aboutir au contraire à ses conséquences les plus excessives. Or, pour affirmer l'existence d'une réalité, nous ne prétendons nullement supprimer toutes les autres, et nier le rôle de la volonté comme source et sujet de droit. On a raison de parler de réalité patrimoniale affectée; mais cela ne doit pas plus exclure la volonté collective que la volonté individuelle comme sujet de droit.

En définitive la leçon qui se dégage de l'observation des faits et de la confrontation des théories, c'est la nécessité d'élargir la notion de droit loin d'en exclure tel ou tel élément. Et c'est à cette nécessité que conclut Saleilles, après un dernier examen des théories complexes de Holder et de Binder. Pour lui le droit est un pouvoir de réaliser des intérêts, et un pouvoir qui est exercé par une volonté. Mais quoique le type de cette volonté soit évidemment la personne humaine, ce n'en est cependant pas le type unique : « Il n'y a plus rien, écrit-il, dans ce qui fait l'essence du droit telle que nous l'avons vue ressortir des faits et de la

nature des choses qui exige que la personne humaine soit le seul être capable de droits. On le proclame dans la thèse qui ne voit que l'individu, et qui part de l'individu pour constituer la société, dans la théorie du contrat social. Il n'est plus possible de le dire dans celle qui fait du droit avant tout un produit de la vie en commun organisée et hiérarchisée. Car cet être qui s'appelle la société peut contenir ou produire en lui-même d'autres groupements similaires investis d'une fonction sociale partiellement identique, et dont le but par conséquent soit au suprême degré celui que le droit a en vue. Ce sont donc des collectivités ayant des droits, et par suite des personnes juridiques au sens idéal du mot » (p. 545).

V

A ces conclusions de Saleilles qui nous paraissent en effet s'imposer, sinon s'accorder absolument avec toutes ses prémisses, comparons celles dont nous avons déjà indiqué l'esprit, de M. Hauriou et de M. Duguit.

Or il est évident que l'*institution* telle que la définit M. Hauriou sera une de ces réalités dans lesquelles Saleilles nous propose de voir, aussi bien que dans la personne humaine, une source de droit. Lorsque Saleilles nous signale que les premiers procédés de réalisation du droit nous apparaissent comme le produit d'*organisations* plus ou moins rudimentaires destinées à agir

sur le terrain juridique et à produire des effets de droit; lorsqu'il nous raconte que les premiers groupements humains nous apparaissent moins comme des associations que comme des institutions organisées et hiérarchisées, supérieures aux individualités qui les composent, comme c'est le cas de la famille groupée en institution sociale et de tous les groupements du régime féodal, ne semble-t-il pas qu'il nous introduit précisément à la très intéressante théorie institutionnelle de M. Hauriou? C'est en effet, pour cet auteur, de l'organisation, dans les faits, d'institutions juridiques aménagées et équilibrées, qu'il faut partir avant de parler de personnalité juridique. Pour lui les éléments qui constituent la personne juridique ne doivent pas être déduits du concept subjectif de la personne. C'est au contraire le fait qu'ils se trouvent rassemblés objectivement dans une certaine institution qui permet d'attribuer à cette institution la personnalité juridique. Ces éléments se rattachent en effet si peu *a priori* au concept de personne subjective qu'on peut les trouver rassemblés dans des institutions qui n'ont pas, mais qui, de ce fait, se trouvent susceptibles d'avoir la personnalité juridique. Tels les ministères, qui sont des institutions où l'on trouve un centre d'intérêt et de volonté et un pouvoir de décision, des organes, un aménagement et un équilibre, et qui malgré la présence de ces éléments que la théorie classique rapporte à la personne morale comme telle, ne sont cependant

que des individualités objectives et non des personnes morales. Dès lors il n'y a pas de raison pour que, lorsque naît la personne morale, on se croie obligé de ne rattacher qu'à elle seule tous ces éléments qu'on se hâte pour cela de détacher de l'organisme objectif. C'est donc bien des éléments objectifs qu'il faut partir : c'est eux qui sont le support de la personnalité.

Qu'est-ce donc que l'*institution*, synthèse de ces éléments objectifs ? Traitant de droit public, celle que l'auteur va étudier c'est la nation. Or toute l'organisation sociale d'un pays peut se ramener à un ensemble de situations établies, maintenues ou créées par un pouvoir de domination. Si l'équilibre s'établit entre le pouvoir de domination et l'ensemble des situations établies, alors les états de fait se transforment en états de droit à l'intérieur de la nation. Mais pour que cette transformation d'ensemble soit possible, il faut que, dans chacune des situations, il se produise un état préjuridique, qui appelle la reconnaissance du droit, en raison du but et de la fonction impliqués par cette situation et non pas seulement en raison de la volonté. Donc par la vertu de l'ordre et le jeu de l'équilibre, la nation se trouve « aménagée en régime d'état ». Et c'est là l'institution objective qui servira de support à l'état personnifié. « L'individualité sociale de la nation, écrit notre auteur, n'est apte à être complétée par une personnalité juridique qu'après avoir été aménagée en régime d'état par un système d'équilibres de pouvoirs et

de situations établies, de même que l'individualité physique de l'homme n'est apte à être complétée par une personnalité morale qu'après avoir été elle aussi aménagée par des équilibres physiques et physiologiques. » (p. 100). Bien que cette comparaison ne soit peut-être pas des plus claires, l'institution où va s'incarner le droit nous apparaît bien néanmoins, chez l'auteur, comme une réalité sociale distincte des individus (cf. p. 129, note 3), et comme constituant un droit de groupe à côté du droit individuel. Et c'est avec raison qu'à ce point de vue il n'établit aucune différence de nature entre les groupements divers, entre le droit public et le droit privé : « Le phénomène de la création des règles juridiques va être étudié, déclare-t-il, en prenant pour objectif principal l'institution nationale, mais en observant néanmoins qu'il se manifeste aussi dans les autres institutions quoique à un degré moindre. » (p. 136).

Ces règles de droit d'origine institutionnelle ainsi posées à côté, sinon à la place des règles d'origine individuelle comprennent des règles de droit disciplinaire, dans lesquelles l'intérêt du groupe se manifeste par la coercition du pouvoir de domination, et des règles de droit statutaire qui expriment l'adhésion individuelle des membres aux procédures collectives de la vie corporative. Les règles disciplinaires ne se confondent pas avec le droit public de l'État, mais elles viennent l'alimenter. Le droit pénal par exemple, qui est

devenu du droit public, a dû être d'abord du droit institutionnel disciplinaire. Voilà pourquoi il a des bases si multiples. Quant au droit statutaire il représente les modes d'action permis aux individus au sein de l'organisme dont ils font partie. Et il fournit l'explication de la valeur juridique d'actes qui ne sont pas des contrats tout en reposant sur des phénomènes de consentement et que les juristes ont appelés des actes complexes. — L'institution ainsi définie par un ensemble de situations établies, rendues juridiques par la consécration du droit disciplinaire et du droit statutaire, nous place immédiatement en plein droit réel, sans qu'il y ait eu lieu de ramener les rapports juridiques qu'elle contient à des relations de droit personnel. Comme application particulière de ce nouveau point de vue, on substituera par exemple à la considération des rapports personnels entre la personnalité morale de l'institution et ses organes (fonctionnaires, etc.), celle des rapports de droit réel entre l'organe et la fonction considérée comme une chose active. D'une façon générale le système juridique a deux pôles, celui des personnes avec le droit subjectif, celui du droit objectif avec les choses.

Laissons l'auteur préciser lui-même son point de vue et l'opposer à celui de M. Duguit : « Il est impossible, écrit-il, de prendre la direction du droit objectif sans aller jusqu'aux choses. S'arrêter à mi-chemin n'est pas logique. C'est le parti qu'a pris M. Duguit qui n'arrive pas à une conception

des fonctions sociales considérées comme des choses... Sa construction de droit subjectif est vide de choses. Il n'y a pas dans l'État tel qu'il le conçoit de personnalité subjective, et il n'y a pas non plus de choses. Il n'y a qu'un pouvoir obéissant à une règle juridique. On ne voit pas comment un pouvoir peut s'asseoir et par conséquent devenir un état de choses. » (p. 174). Pour M. Hauriou au contraire l'État est bien une chose, et si bien une chose, qu'il le considère plutôt comme une Fondation, c'est-à-dire un ensemble actif de choses que comme une association, c'est-à-dire un ensemble de personnes. Et sans doute, M. Hauriou a raison de reprocher à M. Duguit un défaut de réalisme, mais qu'à son tour il se garde lui-même d'un excès de réalisme, car le droit n'est dans les choses que si l'opinion veut bien l'y sentir. Il y a là un point sur lequel nous aurons à revenir.

VI

Ainsi d'après notre auteur tous les droits sont d'abord objectifs et ils naissent de l'institution. Mais certaines influences agissent à côté de l'institution et viennent introduire les éléments subjectifs : ce sont le commerce juridique et le contrat. Le commerce juridique introduit dans la société institutionnelle un élément nouveau : l'échange qui implique la notion subjective de valeur et aussi la distinction entre sujets différents. L'auteur indique avec raison que le commerce juridique a,

au point de vue du développement du droit, une importance qu'on ne saurait exagérer. Notre droit des obligations n'est qu'un résidu du droit commercial de l'antiquité. Le droit du préteur était une sorte de droit commun commercial emprunté aux Grecs et aux Phéniciens qui eux-mêmes l'avaient emprunté aux Egyptiens et aux Chaldéens. Et non seulement les usages du commerce créent des règles de detail comme celles du droit maritime ou des contrats, mais ils dégagent des règles générales qui sont à proprement parler des postulats de la justice commutative, de celle qui a pour symbole la balance. Enfin en mettant en rapport les individus les uns avec les autres, et en leur donnant l'occasion du pari, du risque et du crédit, ils favorisent singulièrement l'éclosion et le développement de la liberté individuelle. « Ainsi, conclut M. Hauriou, ce qui crée le droit individuel, ce n'est pas seulement l'éminente dignité de la personne humaine. Le droit ne naît que de l'action. L'éminente dignité de l'homme serait impuissante sans la démarche par laquelle il affirme sa foi en la société, en risquant pour elle sa personne. La valeur du commerce juridique est de multiplier les occasions où l'individu fait ainsi crédit. » (p. 197-198).

Tandis que le droit social s'élaborait dans l'institution politique sous la double forme disciplinaire et statutaire, le droit individualiste se constitue donc surtout dans les usages du commerce juridique, dans le contrat, dans l'exercice

de la propriété. A côté de la synthèse objective de l'institution se constitue la synthèse subjective de la personnalité : l'institution sous l'action de ces nouveaux éléments subjectifs se personnifie. Et c'est l'exercice de l'acte juridique qui vient consommer l'union finale de la personne et de l'institution. Cette union n'est pas une confusion : « elle s'accomplit, écrit M. Hauriou, dans une action commune, dans l'acte juridique où la personnalité et l'individualité (entendez l'individualité objective c'est-à-dire l'institution) s'engageront tout entières d'une façon momentanée bien que la répétition des actes doive transformer leurs contacts en une sorte de vibration rythmique. » (p. 680). C'est donc la décision exécutoire renfermée dans l'acte juridique qui produit l'insertion de la personnalité juridique dans l'individualité objective et qui permet au sujet de se poser comme un et responsable en face des autres sujets.

Mais malgré cette union intime dans laquelle les deux éléments sont donnés simultanément, n'oublions pas que l'un d'eux, l'élément objectif nous a toujours été présenté comme le plus important et le premier constitué. Reprenons l'exemple de l'État qui est celui à propos duquel l'auteur construit sa théorie. L'État est *d'abord* une institution. C'est *ensuite*, et une fois aménagé comme institution, qu'il devient une personne. Pour devenir le siège d'une personnalité subjective, une institution a besoin, nous déclare l'auteur,

d'être aménagée en un certain régime équilibré; il y a place pour toute une série de phénomènes prépersonnels ou subpersonnels, en soi très objectifs quoique préparatoires à la personnalité. En ce qui concerne l'État, ces phénomènes prépersonnels sont les diverses phases de l'aménagement objectif de la nation : institution politique, commerce juridique et contrat, équilibre de superposition, équilibre politico-économique, protection de la vie civile, séparations de pouvoir, équilibres constitutionnels. Voilà les principaux éléments qui définissent l'État comme *institution* avant qu'il soit *personne*. Mais il y a plus : avant d'être personne, l'État peut encore être défini objectivement comme *souveraineté*. Ce point de vue, conforme à la logique du système, mais qui n'était pas bien dégagé dans les *Principes du Droit public* l'est tout à fait dans une plus récente brochure de M. Hauriou sur la *Souveraineté Nationale*, que nous avons mentionnée en tête de cette étude. M. Hauriou nous montre qu'avant de parler de droit subjectif et de personnalité il y a lieu de constituer une théorie préalable et purement objective de la souveraineté qui vient prendre place à côté de la théorie analogue à l'institution. Dès lors la souveraineté nationale, par opposition à la souveraineté de l'État qui, elle, est personnelle, apparaît comme une force objective incorporée à l'institution sans être encore rapportée à aucun sujet de droit (cf. en particulier p. 10 et 147).

VII

Nous sommes donc bien fondés à conclure à l'antériorité et à la primauté du point de vue de l'institution sur celui de la personnalité, du droit objectif sur le droit subjectif. Et en effet l'auteur nous dit ailleurs que le droit subjectif jaillit du droit objectif qui en est la condition préalable. Mais si le droit subjectif est dérivé, que devient son autonomie qui est pourtant affirmée par l'auteur en maint endroit? Le rapport de ces deux points de vue reste obscur. L'auteur n'est pas plus clair quand il présente ce rapport sous la forme de l'opposition entre l'individu et la société. Cette fois il n'y a plus dérivation mais opposition et dualisme : « Cette opposition ne peut exister, écrit-il, que si d'une part l'individu possède une conscience autonome qui ne doive pas tout à la société, si d'autre part l'organisation sociale est le produit d'une certaine nécessité des choses qui ne doive pas tout aux consciences individuelles ». (Pr. de Dr. Pub., 542). Combinaison pratique, comme le dit l'auteur, d'un certain libre arbitre avec un certain déterminisme. Et le droit individuel autonome, capable de limiter celui de la société est fondé d'une façon bien obscure et bien fâcheusement rousseauiste sur le sacrifice que fait l'individu de son pouvoir autonome et sur sa foi en l'institution sociale (*ibid.*, p. 40).

A un tel droit irréductible de l'individu l'auteur

croit en effet d'une façon très ferme : il ne s'agit pas ici de lui en faire grief, mais de se demander comment se concilie avec ses déclarations sur la primauté du droit objectif le point de vue si individualiste et si subjectiviste qu'il affirme dans son article sur « les idées de M. Duguit ». Là en effet il parle des droits naturels, individuels et imprescriptibles de l'homme, que M. Duguit a méconnus. Et cependant n'a-t-il pas lui-même ailleurs critiqué la notion d'éminente dignité de la personne comme source du droit? Là, encore il proteste contre la méconnaissance par M. Duguit de la puissance créatrice du sentiment subjectif du droit dans les manifestations de la volonté individuelle Là enfin il affirme que le droit objectif ne nous fournit pas du tout la garantie qui résulte de la distinction du juste et de l'injuste et que cette distinction ne peut être opérée que par les consciences individuelles. Ne voilà-t-il pas des postulats bien difficiles à concilier avec ceux qu'implique et qu'affirme sans cesse la théorie de l'institution.

Quoiqu'il en soit cette théorie prise en elle-même reste neuve et féconde. Elle atteste un sens profond de la réalité juridique et de la façon dont cette réalité s'est toujours imposée au cours de l'histoire en dépit de l'idéalisme juridique du droit naturel. Elle aboutit donc, de la même façon que celle de Saleilles à élargir très heureusement la notion de droit.

Mais il ne suffit pas d'élargir la notion de droit :

il faut la fonder. L'institution est une source de droit. Soit : mais pourquoi est-elle source de droit? Si l'auteur s'était posé cette question nous n'aurions pas à lui reprocher son indécision touchant l'antériorité ou la simultanéité de l'institution par rapport à la personnalité. Ce n'est pas la première qui fonde juridiquement la seconde ni inversement. Ni l'intérêt, réellement contenu dans l'institution, ni le pouvoir, idéalement contenu dans la volonté ne se trouvent consacrés comme tels par le droit. Il faut qu'il leur soit attribué une *valeur*, une *respectabilité*. Et cette attribution ne peut résulter que du *jugement* de l'opinion collective. C'est à ce jugement qu'en dernière analyse il faut rapporter la consécration et la sanction que le droit accorde à certaines réalités, à la personne humaine au même titre qu'au groupement et à l'institution. Ce sont là des centres de droit : et il faut savoir gré à Saleilles et à M. Hauriou d'avoir nettement défini et dégagé les deux derniers. Mais la vraie source du droit est une ; elle réside dans l'opinion collective puisque le droit ne fait que représenter et consacrer une valeur reconnue par elle. Et ainsi à côté du point de vue réaliste qu'il faut adopter, mais dépasser, l'idéalisme retrouve ses droits.

VIII

C'est ce qu'a complètement méconnu M. Duguit. Saleilles et M. Hauriou n'arrivaient pas à concilier

d'une manière satisfaisante le droit objectif et le droit subjectif, mais ils avaient du moins le sentiment du rôle joué par l'un et par l'autre. Duguit au contraire nie radicalement toute espèce de droit subjectif.

Dans son ardeur à repousser toutes les théories méthaphysiques, il refuse de reconnaître aucun droit ni à l'individu ni à la collectivité comme tels. L'idée de sujet est une fiction au même titre que celle de personnalité civile. Les notions de volonté et de souveraineté doivent être bannies et du droit public (cf. *Traité du Droit constitutionnel* et conférences sur *le droit social et le droit individuel*) et du droit privé (cf. les *Transformations générales du droit privé*). Voici, d'après l'auteur lui-même, les deux propositions fondamentales qui résument le changement de point de vue dont on constate et dont on doit hâter l'accomplissement. La déclaration des droits et tous les codes modernes reposent sur une conception purement individualiste du droit : aujourd'hui s'élabore un système juridique fondé sur une conception sociale. En second lieu, ce nouveau système qui est d'ordre réaliste et non plus métaphysique tend à s'établir « sur la constatation du fait de fonction sociale s'imposant aux individus et aux groupes. » Donc aucune volonté n'est qualifiée, pas même celle de l'État, pour s'imposer à d'autres volontés : nos devoirs ne sont relatifs à aucune souveraineté, mais seulement à la fonction sociale que nous remplissons.

« L'homme n'a pas de droits, déclare l'auteur. Mais tout individu a, dans la société, une certaine fonction à remplir, une certaine besogne à exécuter. Et cela est précisément le fondement de la règle de droit qui s'impose à tous, grands et petits, gouvernants et gouvernés. » (Les transf. génér. du Dr. privé, p. 19-20). Et dans le même livre (p. 71) : « Les collectivités, associations, corporations, fondations, sont-elles ou ne sont-elles pas des sujets de droit par nature? Je n'en sais rien et cela m'est totalement indifférent. Peuvent-elles ou non être titulaires de droits subjectifs? Je n'en sais rien, et cela m'est encore totalement indifférent, pour cette bonne raison que le droit subjectif étant une chose qui n'existe pas, le sujet de droit n'existe pas davantage. La seule question qui se pose est une question de fait. Une collectivité, association, fondation poursuit-elle un but conforme à la solidarité sociale, telle qu'elle est comprise à un moment donné dans le pays considéré et par conséquent conforme au droit objectif de ce pays? Si oui tous les actes faits dans ce but doivent être reconnus et protégés juridiquement. L'affectation des biens à ce but doit être aussi protégée. » Des nécessités incluses en fait dans la *solidarité sociale* résulte donc une *règle de droit* qui sanctionne l'activité de chacun, individu, groupe ou état peu importe, du moment qu'elle est conforme à sa *fonction* respective. Dans le mot droit il n'y a rien de plus que ce fait, et il faut l'exorciser de toute métaphysique et de tout subjectivisme.

Telles sont les thèses de l'auteur, celles qu'on retrouve dans tous ses livres. On conçoit qu'elles aient été vivement critiquées par tous les théoriciens individualistes. Mais il faut dire qu'elles l'on été presque de tous côtés soit au nom du droit subjectif individuel, soit au nom de l'autorité, soit au nom de la liberté, soit au nom même du droit social que M. Duguit prétend instaurer. Saleilles a pu dénoncer leur caractère tyrannique et M. Esmein au contraire leur caractère anarchique. De même M. Hauriou dans la brochure qu'il a consacrée aux « Idées de M. Duguit » s'exprime ainsi après avoir critiqué sa théorie de l'autorité de l'État : « nier la nécessité de l'obéissance préalable aux ordres des gouvernements, nier le droit propre des gouvernements à imposer cette obéissance préalable, tout en reconnaissant la nécessité du fait des gouvernements, c'est une façon d'anarchisme et la plus dangereuse de toutes ». C'est qu'en effet la règle de droit dont parle M. Duguit est une chose bien inconsistante, et on ne voit comment elle pourrait fonder l'autorité nécessaire du droit. Nous n'allons point reprocher à M. Duguit de ne la point appuyer sur une méthaphysique individualiste. Mais nous sommes bien obligés de constater qu'il se trompe lorsqu'il croit l'étayer sur des postulats sociologiques et en particulier sur une conception de la solidarité sociale conforme à celle de Durkheim.

La règle de droit ramenée à une règle de solidarité sociale ne peut avoir d'autorité que si elle

émane du groupe lui-même dont elle exprime la solidarité. Et cela implique que ce groupe a une réalité en face des individus qu'il groupe, et une opinion en face de la leur qui ne soit point la moyenne mais la régulatrice de la leur, et leur impose la reconnaissance des valeurs juridiques qu'elle juge devoir consacrer comme réelles. C'est à ce prix seulement que la solidarité sociale peut fonder un droit objectif. Or M. Duguit affirme sans cesse le Droit objectif mais il en sape la base, en se livrant, en grand détail dans son livre déjà ancien sur l'*État, le droit objectif et la loi positive*, et, par allusion, dans ses livres suivants, à une critique aussi étroitement individualiste que possible de la notion de réalité collective de la conscience sociale. Voilà comment M. Duguit renié par les individualistes risque bien de l'être aussi par les sociologues.

DEUXIÈME PARTIE

De l'Expérience à l'Idéalisme

L'Idéalisme et les Conceptions réalistes du Droit

INTRODUCTION

I

I. Le Droit, les faits et la guerre. — II. La théorie métaphysique du droit naturel a-t-elle le monopole de l'idéalisme ? — III. Que vaut l'antithèse du réalisme et de l'idéalisme ?

Avant la guerre déjà le problème de la nature et de la portée du Droit était l'un de ceux qui sollicitaient le plus vivement l'examen des juristes et même des philosophes, Le XIXe siècle finissant semblait vouloir remettre en question ce que le XVIIIe paraissait au contraire avoir définitivement consacré. Le droit naturel de l'individu, droit imprescriptible et inaliénable, gravé sur l'airain et pour toujours par la Déclaration de 89, et organisé par le code Napoléon, perdait son caractère de dogme intangible. Certains allaient jusqu'à le

nier purement et simplement comme ils niaient toute métaphysique au nom de l'historisme et du positivisme. Leur négation avait trouvé un incroyable écho à une époque où l'essor des sciences expérimentales et le triomphe de l'art réaliste et de la philosophie positive avaient inculqué à tous les esprits la religion du fait. Bien rares étaient ceux — à l'exception des champions attitrés de la doctrine classique — qui osaient invoquer, même timidement, ce droit naturel par lequel au contraire jurait la génération précédente. Par contre la doctrine purement réaliste et positive s'affirmait sans la moindre atténuation dans les ouvrages des maîtres de l'orientation nouvelle.

Les juristes sans doute ne faisaient que suivre dans cette voie les philosophes. Mais leur négation de l'*a priori* n'était pas moins décidée que la leur. Parlant du système individualiste classique M. Duguit déclare que sa désagrégation apparaît à tous : « Les deux idées, dit-il, qui lui servaient de support, la souveraineté de l'État et le droit naturel de l'individu disparaissent. On s'aperçoit que l'une et l'autre sont des concepts métaphysiques qui ne peuvent plus servir de fondement au système juridique d'une société toute pénétrée de positivisme[1] ». Et il est certain en effet que la transformation de la vie économique, en rendant les relations sociales beaucoup plus complexes, et

1. Duguit, *Les Transformat. du Droit pub.*, p. XV, XVI, Paris, 1913.

en faisant surgir avec l'industrialisme la question ouvrière, a contribué plus encore que l'évolution de la doctrine à ébranler l'individualisme civiliste. Les efforts de la jurisprudence ont été impuissants à adapter suffisamment le vieux code aux nouveaux besoins.

On pourrait citer une foule d'ouvrages ou d'articles où ce besoin de réalisme s'affirme, et il est significatif de voir avec quelle facilité s'est en effet introduite dans la doctrine française et quelle profonde influence y a exercée la conception puissamment réaliste de l'Allemand Ihering. Cette influence ne s'est pas même épuisée sur une génération : on la retrouve aussi vive dans l'ouvrage assez récent de Demogue[1] que dans les écrits plus anciens de son maître Saleilles. Et chose plus significative encore, le souffle nouveau n'a pas seulement touché ceux qui apparaissent aussi franchement révolutionnaires que Duguit ni seulement ceux très épris de nouveauté comme Saleilles que nous venons de nommer, mais aussi ceux qui restent plus que lui encore, dans leur désir d'adaptation, attachés à un individualisme plus ou moins philosophique et à la conception d'un droit subjectif. C'est de tous côtés qu'est demandée la révision de l'œuvre de 1804. Quel est le juriste qui ne souscrirait à cette déclaration de Duguit qu'on imagine facilement signée Esmein ou Planiol : « De même que les êtres vivants

1. R. Demogue, *Les notions fondamentales du Droit privé.*

traversent certaines périodes où l'organisme, tout en continuant de suivre la loi générale de sa vie subit cependant une transformation particulièrement profonde et active, de même dans l'histoire des peuples il est certaines périodes où les idées et les institutions, tout en restant soumises à leur loi générale d'évolution, subissent, elles aussi, une transformation particulière. Or tout démontre qu'aujourd'hui nous sommes à l'un de ces moments[1]. »

Déjà en 1911 nous écrivions nous-même[2] : « Nous assistons à une crise de la science du Droit. Les juristes parlent de transformations du droit privé et du droit public, d'une renaissance du droit naturel, d'une révision nécessaire du Code civil. Des théories nouvelles surgissent du droit constitutionnel et de l'Etat, de la responsabilité et de la liberté. Il semble que tout soit remis en question et que l'on veuille décidément reconstruire sur des fondements nouveaux. La vieille assise individualiste ne semble plus ni assez large ni assez solide. » Et le mouvement que nous signalions en 1911 en invoquant les noms de Saleilles, de Hauriou, de Charmont, de Duguit, s'étendait dans les années suivantes. Des controverses s'élevaient à propos des conceptions les plus frappantes de Duguit ou d'Emmanuel Lévy. Le livre de Demogue, un important article de

1. Duguit, *loc. cit.*, p. x.
2. Cf. plus haut, 1re partie.

Morin venaient mettre en relief une fois de plus le divorce du droit écrit et de la vie.

La pratique de son côté posait chaque jour les mêmes nouvelles questions de responsabilité, d'assurance, d'abus de droit, d'interprétation de volonté, etc... Gény enfin qui avait été l'un des promoteurs du grand mouvement de critique et de reconstruction, revient aujourd'hui à la charge avec un ouvrage nouveau : *Science et technique en Droit privé positif.* Le problème qu'il pose est double comme l'est en effet celui que pose la crise dont nous venons de parler. Il porte non seulement sur les rapports de la loi écrite avec l'interprétation jurisprudentielle qui l'adapte à la réalité quotidienne, mais aussi et plus profondément sur la source même de la loi, c'est-à-dire sur la nature du Droit. Ce n'est pas sans raison que M. Gény donne comme sous-titre à son grand ouvrage : « L'irréductible Droit naturel. » Le processus d'adaptation de la loi à la vie, le rôle dévolu dans cette adaptation à la doctrine et à la jurisprudence dépendent en effet de la conception que l'on se fait, idéaliste ou posiviste, du Droit. Qu'est-ce que le droit? voilà donc bien en définitive la question qui domine tout le mouvement de réforme.

A cette question c'est dans un esprit nettement réaliste que tous les promoteurs de ce mouvement répondent, soucieux qu'ils sont des besoins économiques et sociaux auxquels ne peut plus répondre le simple idéalisme méthaphysique de l'individualisme traditionnel. Théories nouvelles

de la responsabilité et du contrat, théorie de l'abus du droit, théories solidaristes en général, théories plus radicales enfin et qui représentent en face de l'individualisme le socialisme juridique proprement dit : toutes à des différences de degré près, sont animées du même esprit[1]. C'est donc à une véritable et d'ailleurs victorieuse offensive réaliste de la vie contre le droit, tout au moins contre le droit traditionnel que nous fait assister la crise récente.

Mais à cette crise et à la question qu'elle soulève, combien la guerre n'est-elle pas venue donner d'actualité et d'actualité tragique. Au milieu du cliquetis des armes, aucun mot n'a résonné plus souvent que celui de Droit. Mais si c'est notre honneur que ce mot se soit toujours confondu pour nous avec celui de Patrie et que nous ayons combattu autant pour venger le droit violé que pour libérer notre terre envahie, n'est-ce point pour nous un devoir plus pressant que jamais de comprendre clairement la nature de cette idée qui a armé notre bras. Le XVII[e] siècle glorifiait les actions héroïques avec Corneille, mais en même temps il voulait les rattacher à des idées claires

1. Cf. Charmont, *Les transformations du droit civil*, Paris, 1912 ; et aussi du même un article sur « l'abus du Droit », *Rev. trim. de droit civil*, 1902, p. 113-125. Cf. aussi, Bouglé, *Le Solidarisme ;* G. Morin, L'individualisme du Code civil et la structure nouvelle de la vie économique, *Rev. de métaphysique et de morale*, sept. 1917, p. 517-568 ; Cruet : *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris.

avec Descartes. Ne méconnaissons rien de cette double et haute tradition.

Or la lutte, si nous en examinons le sens, ne semble-t-elle pas avoir posé la question comme ceci : le droit n'est-il qu'une force ou au contraire le droit est-il une idée? Libre sursaut de tous les idéalismes contre l'asservissement du réalisme, voilà bien en effet le sens de la grande guerre. Mais alors que penser de ce courant réaliste qui, nous venons de le constater, entraînait hier presque toute la doctrine française? Nos juristes et nos philosophes du droit se sont-ils fourvoyés, et, à la remorque des conceptions germaniques, ont-ils trahi notre idéalisme traditionnel? La cause que nous avons défendue et fait triompher implique-t-elle l'abandon de la conception historique et positive du droit et le retour pur et simple à la métaphysique du droit naturel? Et n'avons-nous de consolation en face de notre erreur réaliste, qu'en songeant à cette « Renaissance du Droit naturel » qui s'esquissait déjà chez nous à la veille de la guerre? Ou bien n'y a-t-il pas aussi une façon d'entendre la conception réaliste et historique du droit qui permette de ne rien renier de cet idéalisme français que nous sentons tous d'instinct nécessaire à une notion saine et libre du droit? C'est ce qu'il nous faut demander à un examen critique des principales théories françaises récentes du Droit.

Si nous pouvions montrer que l'opposition réalisme-idéalisme est assez factice, qu'elle n'équivaut

pas forcément à l'opposition Droit-Force, et que tout réalisme n'est pas nécessairement celui de l'intérêt et de la force, peut-être n'aurions-nous pas perdu notre peine, et pourrions-nous contribuer à remettre bien des choses au point. La conception historico-réaliste du droit, et du même coup, nous le craignons, la méthode scientifique en matière de réflexion juridique sinon peut-être en toute matière, paraissent suspectes à beaucoup qui ne voient que leurs origines allemandes et méconnaissent l'originalité et le caractère finalement idéaliste de leurs formes françaises. Ecoutons entre autres comment s'exprime M. Léon Polier écrivant, sans d'ailleurs le parti pris de certains, *pour la défense de notre idéalisme juridique* : « Le succès de la conception allemande du droit dans son pays d'origine n'est pas fait pour surprendre. Admirablement adaptée aux desseins des Hohenzollern et aux ambitions des Pangermanistes, puisqu'elle conférait la valeur du droit à toutes les manifestations de la puissance de l'État, elle devait devenir la doctrine officielle et populaire de l'empire. Mais comment se fait-il que les juristes latins eux aussi et particulièrement les juristes français, aient abandonné notre conception traditionnelle du droit pour exploiter le dangereux et décevant filon de la doctrine germanique? Celle-ci en effet a exercé une influence extrêmement profonde sur la pensée de beaucoup de ceux qui, juristes proprement dits, philosophes ou sociologues, remontent jusqu'aux problèmes fondamen-

taux du droit. Durkheim et ses disciples du côté des sociologues, Duguit du côté des juristes sont, je crois, les noms les plus représentatifs chez nous de cette tendance réaliste ou soi-disant telle, qui correspond à une incontestable emprise de la pensée d'Outre-Rhin sur les esprits français et qui a étendu son action sur toute une pléiade de maîtres de nos universités[1] ».

On voit bien qu'il n'est pas inutile de rechercher ce que vaut le soupçon de lèse-idéalisme à l'endroit de ceux qui abordent l'étude du droit en historiens et en sociologues, et de demander aux doctrines régnantes dans quelle mesure elles ont réussi ou à quelles conditions elles seraient susceptibles de réussir à échapper à ce soupçon sans cependant revenir, en juxtaposant assez confusément faits observés et principes affirmés, aux conceptions purement métaphysiques dont elles ont commencé par dénoncer l'insuffisance.

II

Il semble d'ailleurs fatal, notons-le tout d'abord, qu'un soupçon de lèse-idéalisme s'attache immédiatement à toutes les tentatives de réaction historique et réaliste contre le droit naturel. Que l'on songe en effet à quel point les conceptions métaphysiques traditionnelles du droit naturel s'étaient identifiées de tout temps avec le rationalisme et avec l'idéalisme. Sans vouloir les expo-

1. Cf. *Revue des nations latines*, 1918, p. 31-61.

ser ici, qu'il suffise de rappeler que toutes les théories, si diverses qu'elles soient, qui sont à leur origine et dont elles constituent finalement la synthèse, sont unanimes sur ce point qu'elles font du droit une idée donnée ou conçue comme antérieure et supérieure aux faits, et non la simple sanction d'une situation acquise ou d'une conquête de la force.

L'antiquité affirmait sous le nom de droit des gens l'existence d'un ensemble d'institutions conformes à la nature et à la raison et communes aux divers peuples : *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit id... vocatur jus gentium* dit Gaïus. Et de même Cicéron oppose à la *scripta lex* la *nata lex*, *ad quam non docti sed facti, non instituti sed imbuti sumus* : il dépeint cette loi naturelle dans plusieurs passages célèbres du *De Legibus* et du *De Republica* dont celui-ci pose l'idée essentielle : *non a prætoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim Tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam putas*. Sans doute ce droit naturel en même temps que fondé dans la raison, est incarné dans la nature au point qu'Ulpien le déclare commun aux hommes et aux animaux : *jus naturale est quod natura omnia animalia docuit... non humani generis proprium sed omnium animalium*. Et il est curieux de remarquer que, de nos jours, et en dépit des différences de point de vue, l'individualiste Spencer ne procédera pas autrement pour fonder à la fois en raison et en

nature le droit naturel individuel de l'homme, antérieur et supérieur à la loi dont Bentham et Rousseau venaient de faire une œuvre humaine positive. H. Michel a bien montré en effet que la philosophie politique de Spencer a des racines à la fois rationnelles, biologiques et sociologiques, que le droit de l'homme est inscrit en même temps dans sa raison humaine et dans son organisme animal. Mais ni cet appel d'Ulpien au règne animal, ni celui de Spencer à notre constitution organique, ne viennent en réalité faire du droit un simple fait et détruire le caractère rationaliste que nous avons attribué au droit naturel. Ils viennent seulement renforcer la donnée rationnelle chez Ulpien, s'associer à elle chez Spencer, pour fonder une notion du droit destinée à être imposée aux faits à la manière d'un principe nécessaire et inné; et cela même chez Spencer, qui, à partir de la donnée dite naturelle qu'il choisit arbitrairement, fera une déduction du droit très analogue à celle des purs aprioristes.

Ainsi, que le droit naturel soit fondé uniquement sur la raison, qu'il le soit comme chez les anciens sur la nature identifiée à la raison, ou, comme chez Spencer, sur la nature associée à la raison, son essence reste au fond la même : c'est un droit idéal défini avant toutes les législations particulières et dont celles-ci se déduisent [1]. Mais de ce

1. H. Michel, La philosophie politique de Spencer. *C. R. de l'Acad. des Sc. Mor.*, 1892.

droit naturel les Romains n'avaient pu faire encore un droit vraiment individuel : un tel droit ne pouvait éclore complètement dans la cité antique dont Fustel de Coulanges a si bien montré à quel point elle absorbait et dominait l'individu. C'est dans la cité chrétienne qu'il va éclore, lorsque le christianisme, élargissant et dédoublant la patrie de l'individu, va enlever à César la juridiction de toute une part de la liberté individuelle. C'est dans la *Somme* de saint Thomas et dans le *De Legibus* de Suarès qu'il faut aller chercher alors la théorie du Droit naturel. Mais comme la cité humaine, la cité divine impose encore son ordre à l'individu. Le droit reconnu comme constitutif de l'individu a donc besoin de se laïciser pour devenir vraiment un droit naturel, fondé non plus sur l'ordre divin, mais sur la seule nature rationnelle de l'homme.

Cette transformation nouvelle fut l'œuvre du Hollandais Grotius, en même temps sans doute que de l'Allemand Johannès Althusius, œuvre reprise par Pufendorff et par Wolf. Avec raison, M. Charmont[1] fait gloire à Grotius de cette définition si énergiquement idéaliste du Droit : « Le droit naturel est une règle qui nous est suggérée par la droite raison, d'après laquelle nous jugeons nécessairement qu'une action est injuste ou morale, selon sa conformité avec la nature raisonnable ». On[2] a récemment reproché à Grotius

1. Charmont, *La Renaissance du droit naturel*, p. 14 et 15.
2. M. Hauriou, *Le Correspondant*, 25 sept. 1918, p. 920.

d'avoir condamné le droit naturel à la contradiction et à l'impuissance en laissant tomber l'idée théologique capitale que le droit naturel est le droit de l'*espèce* humaine et non de la *société* humaine. » Aujourd'hui, déclare M. Hauriou, avertis que nous sommes par toutes les erreurs secondaires qui ont découlé de l'erreur initiale des réformateurs, nous comprenons l'importance capitale de cette position de la question. D'une part, tout ce qui est relatif à l'espèce aura la même universalité et la même fixité que celle-ci et sera pratiquement immuable. D'autre part, la société humaine n'étant qu'une modalité de l'espèce et les principes du droit, par delà les formes sociales, allant se rattacher aux idées morales de l'espèce, le fondement du droit ne sera pas dans la société, mais dans l'espèce, c'est-à-dire dans le type idéal de l'humanité[1] ». Stahl[2], d'un point de vue qui n'est pas sans certaines analogies, avait déjà signalé lui aussi la contradiction et la stérilité des déductions de Grotius exposant la genèse du Droit naturel.

En tout cas il faut au moins reconnaître que l'on trouve déjà dans la définition citée plus haut de Grotius, le critère même dont Kant se servira pour instituer définitivement la théorie du Droit naturel : la conformité avec la nature raisonnable proposée comme critère juste par Grotius, n'abou-

1. Cf. Hauriou, Le droit naturel et l'Allemagne, *Correspondant*, 25 sept. 1918, p. 921.
2. Cf. Stahl, *Histoire de la philosophie du Droit.*

tit-elle pas tout naturellement en effet à cette soumission à une loi universelle imposée par Kant à la volonté empirique de chaque individu? Le droit a donc comme la morale un fondement rationnel *a priori* : rien en lui de contingent ni de changeant. Le droit est une idée et non un fait; et ce n'est pas une idée induite des faits, mais une idée supérieure et antérieure aux faits et qui s'impose à eux comme la forme et le principe qui les régissent. Telle est la doctrine parvenue cette fois à sa forme la plus systématique, grâce à ce caractère absolu et exclusivement rationnel que Kant plus que tout autre a su lui donner. Désormais le droit est fondé et situé dans l'essence idéale de l'homme, dans sa liberté et son autonomie. Cet homme libre et qui se soumet volontairement à la loi issue de sa raison est une fin en soi. On proclame son éminente dignité. Ce sera l'esprit des philosophes du XVIIIe siècle et de la Déclaration des Droits. Sous la forme juridique qu'elle prend dans notre Code civil, cette théorie métaphysique devient la doctrine individualiste du droit subjectif et de la souveraineté de la volonté.

C'est cette doctrine si nettement rationaliste et idéaliste qui est venue se heurter aux faits sans cesse changeants de la vie économique et sociale et faire apparaître dans le domaine du droit le même heurt entre absolu et relatif que l'on voyait éclater d'autre part dans le domaine de la science et de la morale. C'est partout la crise de l'*a priori* Kantien, la même crise. Poincaré s'en prend à l'*a*

priori de l'espace et détrône formes et principes de l'entendement au profit de l'hypothèse ; Bergson s'attaque à l'*a priori* du temps et va chercher dans la conscience, au lieu de cadres formels, des réalités concrètes immédiates ; Rauh dénonce l'*a priori* de la certitude et de la loi morale et leur oppose une expérience morale individuelle qu'il s'efforce d'instituer scientifiquement; les utilitaires vont choisir dans l'expérience des mobiles psychologiques de conduite qu'ils opposent aux impératifs catégoriques ; les évolutionnistes cherchent à mieux fonder ces mobiles en les déduisant des lois générales du monde ; d'autres combinant utilitarisme et évolutionisme et cherchant à les vivifier au contact de l'histoire, dégagent de la genèse des idées morales ou juridiques la loi suprême de l'intérêt social ; les sociologues enfin opposent à la méthode *a priori* qui prescrit d'avance les règles morales et juridiques la méthode historique qui cherche à découvrir les causes réelles et successives de leur apparition et de leur transformation.

Ne voilà-t-il pas en vérité, contre l'apriorisme Kantien, une unanimité singulièrement frappante et d'autant plus frappante qu'elle réunit des tempéraments bien divers? Mais quelle que soit la diversité très certaine de toutes ces doctrines il y a un point par où elles se touchent et qui les unit dans leur réaction contre l'*a priori*, c'est leur souci plus ou moins heureux, plus ou moins conséquent et fécond mais toujours vivant, du fait, c'est en somme cette plus ou moins grande dose

de positivisme, de réalisme auquel nulle conscience contemporaine n'a pu échapper. Or, c'est une réaction réaliste et positiviste du même genre qu'on rencontre sur le terrain du droit. Faudra-t-il donc croire qu'une sorte d'aberration générale commune à presque tous les penseurs de notre temps, en même temps qu'aux juristes, en les rendant dociles aux faits les ait faits rebelles désormais à l'idéalisme, et que celui-ci n'ait plus gardé de temples que dans les pures régions de la métaphysique *a priori?* La diffusion de l'esprit scientifique a-t-elle vraiment une aussi désastreuse rançon?

III

Faisons d'abord remarquer à ceux qui instituent ainsi une antithèse facile et souvent trop courante depuis la guerre entre l'idéalisme métaphysique et le réalisme scientifique, que cette antithèse concorde assez mal avec celle qui l'accompagne souvent de l'esprit germanique et de l'esprit latin, à moins qu'on ne renonce à la conception cependant traditionnelle en France d'un Kant idéaliste pour faire du philosophe de l'*a priori* l'apologiste de la force et le père du pangermanisme.

Que, si au contraire, on conserve l'interprétation traditionnelle de Kant, c'est à lui et aux purs Kantiens français qu'il faudra réserver le monopole pour ainsi dire de l'idéalisme. Mais d'autre part, il ne faut pas oublier que de même qu'il y a des Kantiens français, il y a des antikantiens alle-

mands et que le mouvement de réaction que nous avons indiqué plus haut contre l'*a priori* n'a été ni moins vif ni moins général en Allemagne qu'en France, puisque c'est au contraire en Allemagne qu'il est né, au point de vue juridique tout au moins, où il est sorti de Savigny, au nom de l'histoire, et d'Ihering, au nom de l'utilité sociale. C'est même parce qu'il est né en Allemagne qu'il a pu et peut risquer d'être discrédité en France. Mais ce que nous venons de dire montre assez que les antithèses courantes sont factices, que la méthode historique et réaliste doit être jugée d'après sa valeur propre et non d'après ses origines, et que la seule opposition légitime est celle qui distingue ceux qui, l'ayant d'ailleurs autant créée que reçue, l'ont employée sans arrière-pensée, sans autre dessein que celui d'arriver à des explications plus satisfaisantes, et les savants allemands qui ont osé la faire servir à des buts politiques cachés et la détourner vers la glorification et la consécration juridique de la Force, comme si la force était chose plus réelle que l'idée!

Ajoutons enfin que d'après un témoignage qui compte en la matière, celui de M. Hauriou faisant tout récemment le procès de la doctrine juridique allemande, le nationalisme juridique de l'Allemagne date de 1814 : « Jusque-là, déclare-t-il, l'Allemagne avait cru au droit naturel universel, elle avait même beaucoup contribué à la fondation et à la prospérité de l'École du Droit de la Nature et des Gens. » Il y a plus : la méthode historique,

toujours d'après le même auteur, ne fut pas d'abord contaminée : « Si l'école de Savigny, dit-il, avait rompu avec l'idée de l'universalité du droit naturel et fondé le nationalisme juridique, elle n'avait pas répudié la distinction classique du droit et de la force. Ce pas décisif devait être franchi au milieu du XIXe siècle pendant la période Bismarckienne, par une école de jurisconsultes brutaux dont les plus connus sont Ihering, Bluntschli, Mommsen, Laband, Jellineck et dont le plus important est certainement Ihering. Cette génération fut imbue de la philosophie de Hegel et du principe de l'identité des contraires qui devait la conduire à l'identité de la force et du droit. Elle fut d'ailleurs attachée à la fortune grandissante de la Prusse ardente à l'œuvre de centralisation politique qui devait aboutir à la fondation de l'empire allemand. C'est Ihering qui a donné du droit ces définitions matérialistes : « le droit est la politique de la force ». « Les droits sont des intérêts juridiquement protégés. » C'est lui qui a édifié toute la théorie de la suprématie de l'État sur le Droit. Il a d'abord fait de la force la qualité essentielle de l'État. Il a créé ensuite la doctrine de la justification des droits par leurs buts pratiques, qui mettait à la disposition de l'État la maxime amorale : « la fin justifie les moyens », et qui devait engendrer l'abus du « droit de nécessité[1] ». Si donc la

1. Hauriou, l'Allemagne et le Droit naturel, *Correspondant*, 1918, p. 915-916.

méthode historique a porté, en Allemagne, de mauvais fruits, ce n'est pas en vertu de sa nature, c'est d'une part parce qu'elle est devenue la servante de la politique; et c'est d'autre part — chose curieuse — parce qu'elle s'est associée à une philosophie, à la métaphysique hégelienne.

S'il en est ainsi, on conçoit qu'il ne soit point contradictoire de parler d'un réalisme, celui de la conception historique et sociologique du droit, qui, au lieu d'exclure l'idéalisme, comme le fait le réalisme politique de la force, l'implique et lui donne une assise positive en proclamant *a posteriori*, avec bien plus de force que la métaphysique *a priori*, l'existence et l'efficacité de l'*idée* comme facteur de l'évolution, idée issue sans doute de causes définies mais produisant à son tour des effets définis. Ce réalisme-là qui est celui vers lequel tend la doctrine française, n'a point reçu l'atteinte que pourrait croire une réflexion superficielle ou surtout prévenue : on peut continuer, croyons-nous, à le tenir pour valable sans rien sacrifier de cet idéalisme dont nous nous honorons d'avoir été les défenseurs.

En essayant de le démontrer, nous n'irons pas jusqu'à prétendre que dans l'ardeur de la réaction nécessaire contre le Droit naturel, nos champions de la méthode historique n'aient pas parfois été aveuglés par l'autorité bruyante et pesante des savants allemands, et que leur souci du fait observé ne leur ait jamais rien fait méconnaître de l'idéal affirmé, mais nous pensons qu'une telle

méconnaissance, si elle se produit, n'est qu'un accident et non une nécessité de la méthode. Et il faut remarquer aussi, pour être juste, que de tels écarts sont inévitables à cause de l'extrême difficulté de trouver cet équilibre entre le fait et le droit, qui ne méconnaisse rien de l'un pour affirmer l'autre : Combien n'est-il pas difficile de rendre compte scientifiquement de ces jugements de valeur sans lesquels il n'y aurait pas plus de droit que de morale et qu'il faut pourtant arriver à fonder autrement que dans la subjectivité d'une conscience individuelle, même d'élite, qui les émettrait! C'est précisément à la recherche de cet équilibre avec les tâtonnements, les obscurités et quelquefois les contradictions qu'elle implique, que nous font assister les diverses doctrines qui, d'une façon plus ou moins décidée et radicale, se sont dressées en face de l'*a priori* du Droit naturel.

CHAPITRE PREMIER

Une Conception réaliste radicale : M. Duguit

I. Le droit objectif et la règle de droit. — II. Les transformations réalistes du droit privé : la notion de fonction sociale. — III. Transformations analogues dans le droit public : la notion de service public. — IV. M. Duguit ne fonde pas le droit sur la force. — V. M. Duguit contre l'idéalisme : sa « règle de droit » et le fondement sociologique du droit.

I

La plus radicale des réactions, on peut dire des négations, qu'ait suscitées cet apriorisme, c'est la théorie strictement positiviste de Duguit. L'esprit réaliste dont nous avons montré l'éclosion l'a touché plus qu'aucun autre. C'est avec lui que l'idéalisme va apparaître comme banni du droit. C'est le propre du réalisme d'introduire comme source et sujet de droit des notions autres que celle de personne humaine, notions de groupement, d'association, d'intérêt, de fondation. Et déjà cette tentative de déposséder la personne humaine de son monopole traditionnel peut sembler une atteinte à l'idéalisme. Mais que dire lorsqu'on voit M. Duguit nier radicalement la notion

même de droit subjectif, nier la personnalité et la souveraineté de l'individu, nier par conséquent toutes les valeurs idéales que la métaphysique traditionnelle a mises au cœur du droit!

Partant de l'observation du réel, il s'aperçoit qu'un fait y domine tous les autres et qui n'est précisément pas sanctionné par le droit : la solidarité. Il n'y a pas dans la société d'individualité sans solidarité puisque l'État de Robinson n'est qu'une chimère et que l'individu qui ne serait qu'individu, l'individu rigoureusement isolé n'est jamais donné dans l'expérience, ni même peut-être d'aucune façon pensable. Ce qui existe réellement, ce sont des individus qui dépendent les uns des autres par des liens de solidarité à la fois mécanique et organique, suivant une distinction proposée par Durkheim[1]. Or c'est le fait irréel de l'indépendance individuelle qui est consacré par le Droit, alors que le fait réel de l'interdépendance sociale ne l'est point, ou du moins ne l'est que par des détours et des fictions. Voilà le vice

1. Cf. Duguit, *Transf. du Droit privé*, p. 27 (Alcan). « Les hommes d'une même société sont unis les uns aux autres, d'abord parce qu'ils ont des besoins communs dont ils ne peuvent assurer la satisfaction que par la vie commune; c'est la solidarité ou interdépendance par similitudes. D'autre part les hommes sont unis les uns aux autres parce qu'ils ont des besoins différents et en même temps des aptitudes différentes, qu'ainsi ils peuvent se rendre de mutuels services et assurer la satisfaction de leurs besoins divers. C'est la solidarité de l'interdépendance sociale par la division du travail. La solidarité par division du travail, voilà l'élément fondamental de la cohésion sociale dans nos sociétés modernes très civilisées ».

radical du Droit traditionnel qui voit partout l'individu et nulle part l'association, alors que l'association est partout et l'individu isolé nulle part. C'est donc du privilège métaphysique accordé à l'individu que vient tout le mal et c'est ce privilège qu'il s'agit de démasquer. Si le Droit méconnaît la réalité c'est parce qu'il ne croit possible de s'incarner que dans la volonté subjective de l'individu, personne physique et psychologique ; c'est parce qu'il s'obstine à n'attribuer qu'à l'individu l'autonomie, la personnalité, la souveraineté. Il n'y a donc qu'un vrai remède : renoncer complètement à cette chimère dangereuse qui s'appelle le droit subjectif individuel, et, rejetant la superstition individualiste, se replacer en face des faits tels que les révèle l'observation de la vie sociale.

On pourrait croire, — et c'est ce que nous essaierons d'établir, — qu'il suffit pour être fidèle aux données de cette observation, de restaurer comme sujet de droit le groupe en face de l'individu, de conférer à tout groupement d'individus solidaires et unis dans un même but corporatif, politique, religieux ou artistique, peu importe, une personnalité aussi immédiatement reconnue et consacrée par le Droit que la personnalité individuelle proprement dite, parce qu'elle est aussi réelle que celle-ci. Mais telle n'est pas l'idée de Duguit : pour lui le groupe, qu'il s'appelle État ou association particulière, n'a pas plus de valeur juridique que l'individu. Aucune volonté, pas plus collective qu'individuelle, n'est qualifiée pour s'im-

poser aux autres. La souveraineté de la volonté n'est qu'une vieille illusion métaphysique dont il faut débarrasser le droit public aussi radicalement que le droit privé. Et refuser tant à l'individu qu'à l'association ou à l'État à la fois personnalité et souveraineté, c'est leur dénier toute espèce de droit. Duguit en effet ne craint pas d'écrire : « Parler des droits de l'individu, des droits de la société, dire qu'il faut concilier les droits de l'individu avec ceux de la collectivité, c'est parler de choses qui n'existent pas[1]. »

Qu'est donc ce droit subjectif illusoire d'où l'individualisme veut tout faire sortir? C'est en définitive le pouvoir qui appartient à une volonté de s'imposer comme telle à une ou plusieurs autres volontés quand elle veut une chose qui n'est pas prohibée par la loi. Les Allemands disent : le droit subjectif est un pouvoir de vouloir ou le pouvoir d'imposer aux autres le respect de son vouloir. Le droit que vous appelez liberté, c'est le pouvoir d'imposer à autrui le respect de votre volonté d'agir librement. Le droit que vous appelez propriété, c'est le pouvoir d'imposer à autrui le respect de votre volonté d'user comme bon vous semble de la chose que vous détenez. Le droit de créance, c'est votre pouvoir d'imposer au débiteur votre volonté d'exécution de sa prestation. Et ainsi de suite, de façon que Duguit peut conclure : « La notion de droit subjectif implique

1. Duguit, *loc. cit.*, p. 24.

toujours deux volontés en présence, une volonté qui peut s'imposer à une autre volonté, une volonté qui est supérieure à une autre volonté. Cela implique une hiérarchie des volontés, en quelque sorte une mesure des volontés et une affirmation sur la nature et la force de la substance volonté. Or cela est précisément au premier chef une affirmation d'ordre métaphysique. Nous pouvons bien constater les manifestations extérieures des volontés humaines, mais quelle est la nature de la volonté humaine, quelle est sa force? Une volonté peut-elle être en soi supérieure à une autre volonté? Ce sont là autant de questions dont la solution est impossible en science positive. Par là même, la notion de droit subjectif se trouve totalement ruinée et j'ai raison de dire que c'est une notion d'ordre métaphysique qui ne peut être maintenue dans une époque de réalisme et de positivisme comme la nôtre[1]. »

Au vrai il n'y a qu'une chose qui ait une existence réelle, c'est le fait de la solidarité. Entendez bien le *fait*. Duguit en effet nous déclare expressément que la solidarité « n'est pas un sentiment, encore moins une doctrine, pas même un principe d'action. Elle est un fait d'ordre réel, susceptible de constatation directe : elle est le fait de la structure sociale elle-même[2]. » De ce fait résulte nécessairement l'existence d'une *règle de droit*

1. Duguit, *loc. cit.*, p. 12-13.
2. *Id.*, p. 26.

qui vient spécifier la *fonction sociale* de chaque individu au sein de la communauté solidaire. Cette règle ne ressemble en rien aux principes absolus du droit naturel, puisqu'elle est changeante comme les circonstances et les besoins à la variabilité desquels elle s'adapte. Elle n'est pas un principe et pas même un idéal.

Cependant tout en n'étant qu'un fait elle s'impose aux individus comme à l'État. Elle correspond en effet à une nécessité de fait dès que l'homme a compris qu'il ne peut satisfaire ses tendances et ses besoins que grâce à la vie commune. « Cette règle, a déclaré Duguit [1], si l'on en contestait le fondement, je n'hésiterais pas à la postuler. De même qu'Euclide a fondé tout son système de géométrie sur le postulat des parallèles, de même l'homme moderne peut-il fonder tout le système politique et social sur le postulat d'une règle de conduite s'imposant à tous. » Et encore : « Toute société est une discipline et comme l'homme ne peut vivre sans société, il ne peut vivre que soumis à une discipline [2]. » Le contenu de cette discipline, c'est la réglementation des fonctions sociales de chacun. Elle oblige l'Etat à « faire tout ce qui est en son pouvoir pour assurer la réalisation de la règle de droit telle qu'elle est comprise dans un pays ou à une époque déterminée, à coopérer en employant la force

1. *Id.*, p. 80.
2. Duguit, *loc. cit.*, p. 7.

dont il dispose, à la solidarité par similitudes et à la solidarité par division du travail. Mais elle ne donne pas pour cela de véritables droits à l'État, pas plus d'ailleurs qu'elle n'en donne à l'individu. Elle implique seulement le pouvoir pour les individus qui détiennent la force, d'organiser une réaction sociale contre ceux qui violent la règle. Et corrélativement elle fait à tout individu dans le milieu social une certaine situation qui dépend de celle des autres et qui l'astreint à une certaine attitude active ou passive. C'est cette situation objective de fait qui définit ce que l'on appelle couramment des droits. « Personne, déclare notre auteur, n'a dans le monde social d'autre pouvoir que celui d'exécuter la besogne que lui impose la règle sociale ou, si l'on veut, que lui impose la situation qu'il a dans le système d'interdépendance unissant les membres d'un même groupe social[1]. » Et il nous annonce la constitution d'une société d'où la conception métaphysique de droit subjectif sera exclue, pour faire place à la notion de droit objectif impliquant pour chacun l'obligation sociale de remplir une certaine mission et le pouvoir de faire les actes qu'exige l'accomplissement de cette mission.

C'est cette doctrine purement objective et positive dont l'auteur a posé les fondements en 1901 dans un livre intitulé : *L'État, le Droit objectif et*

1. Duguit, *Le Droit social, le Droit individuel et les transformtions de l'État*, p. 11 (Alcan).

la loi positive, dans un traité plusieurs fois remanié de *Droit constitutionnel*, dans une série de conférences réunies sous le titre : *Le Droit social, le Droit individuel et la transformation de l'État* (1911). C'est la même doctrine enfin dont il a cherché la vérification dans une étude des *Transformations générales du Droit privé depuis le code Napoléon* (1912) et des *Transformations du Droit public* (1913). Dans tous ces livres, l'auteur répète les mêmes affirmations essentielles avec une conviction et une décision grandissantes et l'on peut presque indifféremment se référer à un livre ou à l'autre. On est sûr de retrouver toujours la même ardeur : c'est une vraie croisade contre la métaphysique subjective du droit naturel. Voici la devise de l'étendard : « Le système juridique civiliste était d'ordre métaphysique. Le système nouveau qui s'élabore est d'ordre réaliste. » Que nous voilà loin, n'est-il pas vrai, de l'idéalisme !

II

Et ce sont en effet toutes les notions chères à l'idéalisme juridique dont, dans ses deux derniers livres et conformément aux principes posés par les précédents, l'auteur étudie la transformation dans un sens réaliste.

C'est la liberté d'abord qui est de moins en moins le droit subjectif qu'aurait l'individu d'agir à sa guise, et qui devient de plus en plus, le devoir qu'a l'individu, avec pouvoir correspon-

dant, d'accomplir sa fonction dans la société. La liberté ne se définit donc plus qu'en fonction de la solidarité sociale. D'où pour l'Etat le pouvoir et le devoir de la limiter toutes les fois qu'elle tend à ne pas respecter cettte solidarité : cas du suicide, du duel, des jeux dangereux, des travaux dangereux, et même de la limitation et de la réglementation du travail normal. La loi doit protéger et tend effectivement à protéger non la liberté de l'individu, mais la valeur sociale qu'il représente. D'où à côté des limitations et réglementations que nous venons de signaler, l'obligation de l'enseignement, de la prévoyance et de l'assurance. « Partout, conclut notre auteur, la conception de la liberté-fonction remplace la notion de la liberté-droit[1]. »

Mais c'est surtout en ce qui concerne la liberté juridique ou autonomie de la volonté, que l'évolution est décisive et significative. Cette autonomie de la volonté est la pensée maîtresse de la conception classique individualiste du droit subjectif dont nous avons parlé plus haut. Duguit la résume et la condense, avant de la démolir, dans quatre propositions très caractéristiques : 1° Tout sujet de drcit doit être un sujet de volonté ; — 2° Tout acte de volonté d'un sujet de droit est socialement protégé comme tel ; — 3° Il est protégé à la condition toutefois qu'il ait un objet licite ; — 4° Toute situation juridique est un rapport entre deux sujets de droit dont l'un est le sujet actif et l'autre

1. Duguit, *loc. cit.*, p. 51.

le sujet passif. Or l'histoire de la vie juridique et sociale au cours du XIXe siècle est celle de la faillite de ces quatre propositions.

Envisageons d'abord la première : « Tout sujet de droit doit être un sujet de volonté. » Tant que l'activité sociale a été surtout individuelle, son caractère artificiel n'a pas éclaté en pleine lumière. Il y avait bien l'enfant et le fou chez lesquels on reconnaissait un droit sans volonté, mais on s'en tirait en leur attribuant une volonté virtuelle. Il y avait bien aussi des collectivités dont il fallait garantir la situation, mais on s'en tirait au moyen de la fiction de la personnalité collective. On disait : les collectivités n'ont pas de volonté réelle, distincte de celle de leurs membres. Mais la loi dans sa toute-puissance peut, par une fiction, leur accorder la personnalité juridique comme si elles en avaient une. C'est le système de Savigny qui prétend s'adapter à la réalité qui est sociale, en sauvant les apparences qui restent individuelles. Ainsi survit le dogme classique : il n'y a droit que là où il y a volonté, où il y a personne.

Mais lorsque avec la complexité croissante de la vie sociale, la vie corporative devient plus intense, le caractère précaire d'une telle fiction ne peut pas ne pas apparaître. C'est ce qui est arrivé en France, en Angleterre et en Allemagne. Dès lors, dit avec raison M. Duguit, il a bien fallu se rendre à l'évidence : « La protection juridique de l'activité collective ne peut pas dépendre de l'arbitraire du Gouvernement. Il faut de toute nécessité que toute

collectivité par cela seul qu'elle poursuit un but licite, puisse se constituer librement et trouve dans le droit objectif la protection assurée de ses actes. Et d'autre part le système de la fiction n'explique rien du tout. Car ou bien les collectivités n'ont pas une volonté distincte de celle de leurs membres, alors elles ne peuvent pas être sujets de droit, et la loi, quelque puissante qu'elle soit, ne peut pas faire qu'une chose qui n'est pas soit. Ou bien les collectivités ont en effet une volonté distincte de celle de leurs membres : alors elles sont par elles-mêmes des sujets de droit et l'intervention du législateur et du Gouvernement est utile. Il n'y a point à leur donner une chose qu'elles ont déjà[1]. »

C'est donc le problème de la personnalité juridique ou, comme on dit aussi, des personnes morales qui se présente, pour la conception individualiste et idéaliste traditionnelle, comme l'épreuve décisive. C'est qu'en effet, avons-nous remarqué ailleurs, il est au cœur même du droit privé aussi bien que du droit public et qu'il constitue en définitive le problème fondamental du droit. « Qui est sujet de droit, source de droit? Est-ce seulement la personne réelle douée de volonté, c'est-à-dire l'individu psychologique, et doit-on par conséquent recourir à une fiction quand on parle de personnalité juridique à propos d'une collectivité ou d'une institution et sans avoir affaire à un individu réel et distinct? Ou bien les groupements d'individus

1. Duguit, *loc. cit.*, p. 67.

et d'intérêts ne présentent-ils pas, sans constituer physiquement une personne réelle, avec corps et volonté uniques, assez de réalité cependant pour que le législateur les considère immédiatement, et sans aucune fiction, comme une personne *sui generis*, et voie en eux un sujet et une source de droit? Il s'agit de savoir en somme si l'on va consacrer juridiquement l'existence indépendante et autonome du groupe ou de l'institution à côté de celle ou au même titre que celle de l'individu. Il est clair que si l'on s'y décide sans artifice ni réticence, la notion même de droit s'en trouvera entièrement renouvelée dans son origine et dans son application[1]. » L'histoire des institutions nous montre, en effet, à travers le droit romain déjà et le droit germanique, et plus nécessairement que jamais dans nos droits contemporains, le groupe s'imposant comme sujet de droit, sous forme de personne morale à côté de l'individu personne physique. La théorie de son côté dégage la leçon des faits : en Allemagne d'abord, Gierke pour le droit privé et Jellineck pour le droit public, en France ensuite, Michoud, Hauriou et Saleilles ont tenté de définir ce nouveau droit, sans jamais d'ailleurs y arriver pleinement, mais toujours en s'efforçant de faire céder l'idéalisme traditionnel devant un réalisme de plus en plus impérieux.

Quant à M. Duguit, il a le tort — et cela, comme nous le verrons, parce que sa conception du droit

1. Cf. plus haut : 1re partie.

lui défend de le faire — de ne pas essayer de résoudre le problème au point de vue théorique. Ses déclarations sont on ne peut plus nettes à cet égard : « Les collectivités, associations, corporations, fondations sont-elles ou ne sont-elles pas des sujets de droit par nature? Je n'en sais rien et cela m'est totalement indifférent (*sic*). Peuvent-elles être ou non titulaires de droits subjectifs? Je n'en sais rien et cela m'est encore totalement indifférent pour cette bonne raison que le droit subjectif étant une chose qui n'existe pas, le sujet de droit n'existe pas davantage. La seule question qui se pose est une question de fait. Une collectivité, association, corporation, fondation, poursuit-elle un but conforme à la solidarité sociale telle qu'elle est comprise à un moment donné dans le pays considéré, et par conséquent conforme au droit objectif de ce pays? Si oui tous les actes faits dans ce but doivent être reconnus et protégés juridiquement [1]. » Y a-t-il volonté légitime, y a-t-il souveraineté, y a-t-il droit? Ce n'est pas cela qui importe. Ce qui importe seul c'est de savoir s'il y a des biens affectés à un but reconnu conforme à la solidarité sociale. Par tous les chemins l'on revient toujours à cette notion réaliste de fonction sociale qui, comme le proclame l'auteur, remplace partout la conception métaphysique du droit subjectif.

Que cette idée de but et d'affection devienne l'idée seule génératrice du droit, l'auteur en voit

1. Duguit, *loc. cit.*, p. 71-72.

des preuves dans notre évolution législative et jurisprudentielle. N'est-il pas frappant en effet de remarquer que la loi qui en France institue le droit des associations, la loi de 1901, n'emploie pas l'expression traditionnelle de personnalité juridique. Preuve, dit Duguit, que le législateur a rattaché à une autre notion que celle de la personnalité juridique, la protection qu'il accorde aux associations licites. C'est par son *but*, n'est-il pas vrai, que l'article premier définit l'association : « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances et leur activité, *dans un but autre que de partager des bénéfices.* » De même encore, le dernier paragraphe de l'article 6 et le premier de l'article 11 disent : « Toute association régulièrement déclarée peut, sans aucune autorisation spéciale, acquérir les immeubles strictement nécessaires à l'*accomplissement du but* qu'elle se propose » et « elles (les associations) ne peuvent posséder ou acquérir d'autres immeubles que ceux *nécessaires au but* qu'elles se proposent ». Et notre auteur de conclure : « Ainsi partout, à chaque ligne apparaît cette notion de but. Et tout cela est en contradiction avec la personnalité juridique proprement dite; car si une association avait la personnalité juridique, je ne vois pas pourquoi sa sphère d'activité juridique serait limitée à un but particulier [1]. »

1. Duguit, *loc. cit.*, p. 78.

C'en est donc fait de l'autonomie de la volonté : le droit n'appartient plus aux personnes douées de volonté, mais aux buts reconnus d'utilité.

Si le principe traditionnel de l'autonomie de la volonté reçoit une telle atteinte, il s'ensuit nécessairement une transformation réaliste analogue dans la conception de l'acte juridique en général et du contrat en particulier. Dans le système traditionnel en effet, l'acte de volonté, seul créateur des situations juridiques, est protégé précisément parce qu'il émane de la volonté, de la sacro-sainte volonté réputée autonome. C'est donc la volonté interne du sujet qui produit par elle-même l'effet de droit, d'où le fameux article 1156 : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » D'où toute la théorie de la volonté et de l'interprétation par l'intention réelle ou présumée, assez connue pour qu'il suffise d'y faire allusion. Mais toute cette théorie psychologique et subjective tend à faire place à une conception objective et sociale. Un système de publicité s'est institué pour la constitution de droits réels valides qui donne à ces droits et entre tous au transfert de propriété un caractère social. Et de même on tend à substituer dans la production et l'interprétation des droits, la volonté externe déclarée à la simple volonté interne, à l'intention.

L'influence de cette théorie objective nouvelle de la « Déclaration de volonté » est surtout visible

dans le Code civil allemand. Elle l'est aussi dans notre jurisprudence comme l'est également la tendance corrélative et de même signification à apprécier la valeur juridique des actes moins par leur objet que par le but, social ou non, où ils tendent. C'est par exemple le contrat de prêt d'argent qui, dans la doctrine civiliste traditionnelle, se formait dès que l'argent avait été remis à l'emprunteur, quel que fût le but du prêt, et qui aujourd'hui, au contraire, tend à n'être validé par la jurisprudence que dans la mesure où *son but* n'est contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs. Autre cas analogue : la jurisprudence refuse de sanctionner des actes pourtant parfaitement volontaires, comme le prêt en vue du jeu ou le legs fait à quelqu'un avec la clause qu'il ne se marie ou ne se remarie pas. On voit comment, dans tous ces exemples, l'intention volontaire des individus qui contractent n'est pas prise en considération.

Le droit subjectif de l'individu disparaît même si bien d'après Duguit, que le droit n'est plus conçu suivant le modèle du *vinculum juris* traditionnel, comme un rapport personnel entre deux sujets, mais comme une situation de fait qui résulte d'actes dont le but est conforme ou non à la solidarité sociale. Comment, s'il n'en était pas ainsi, et si la jurisprudence restait strictement attachée à la doctrine traditionnelle des sujets titulaires de droits, pourrait-on expliquer tant de décisions qu'elle a prises et prend chaque jour et

dont le type est fourni par l'affaire du testament des Goncourt? Les Goncourt avaient fait un legs à une personne inexistante —, (leur académie n'étant pas encore fondée, ne pouvait être considérée comme ayant une personnalité) — et par l'intermédiaire de personnes interposées (Alphonse Daudet et Léon Hennique institués légataires et chargés de transmettre la dotation à l'académie). En validant ce testament qui réunissait toutes les conditions classiques de non-validité, le Tribunal de la Seine et la Cour d'appel de Paris (jugement du 5 août 1897 et arrêt du 1er mars 1900) appliquaient la théorie réaliste du but.

Et de même enfin qu'il n'est plus vrai, comme l'attestent les exemples précédents, que toute situation juridique soit un rapport entre deux personnes, il n'est plus vrai non plus qu'une situation juridique ne puisse naître que d'un rapport entre deux volontés d'un *contrat*.

Le monopole du contrat était pourtant un principe si absolu du dogme civiliste issu du droit romain que, même là où l'on n'était pas en présence de situations contractuelles, on faisait intervenir le contrat par une sorte de détour, afin qu'aucun droit ne fût fondé en dehors de lui. Dans un acte unilatéral comme le testament par exemple, on introduisait l'acceptation de l'héritier; et enfin pour un ensemble d'autres cas très connus on construisait la théorie si célèbre et si discutée des quasi-contrats. Le représentant de la

tradition, M. Planiol, spécifie bien qu'il n'y a, en dehors de la loi, d'autre source possible d'obligation que le contrat. C'est que l'on veut toujours faire naître l'état de droit du contact et de l'accord de deux volontés.

Que de cas cependant, réplique Duguit, où un droit naît sans que cet accord existe, et sans qu'il y ait par conséquent contrat proprement dit, au sens du moins où la théorie civiliste prend ce mot. Il y a d'abord le contrat d'adhésion. Ce contrat, malgré sa dénomination, n'en est en effet pas un, d'après Duguit. Celui qui se sert d'un distributeur automatique, qui met une lettre à la poste, qui prend un billet de chemin de fer ou qui assure son mobilier ou sa vie, ne se trouve en aucune façon dans la situation d'un contractant. Comment y aurait-il accord de deux volontés qui ne se connaissent même point? Et avons-nous vraiment voulu ou même souvent connu les clauses que nous impose l'usage du distributeur, de la poste, du chemin de fer ou de l'assurance? Au vrai, nous sommes en présence simplement de l'acte unilatéral d'un individu qui veut user, conformément à la loi, d'un service public établi dans l'intérêt de tous. Ce n'est point la théorie générale des contrats qu'il faut appliquer. Elle est dépassée. Il faut voir dans le contrat d'adhésion une *convention-loi* réglant un service public. Et c'est une fois de plus le triomphe de l'idée réaliste de fonction sociale sur l'idée du droit subjectif de la volonté contractuelle.

Il n'est pas jusqu'au contrat collectif de travail à propos de quoi l'auteur ne veuille à tout prix nous imposer sa conception. Il en fait, comme aussi de la concession de service public, une convention-loi et non pas un contrat proprement dit passé entre les deux volontés classiques.

Les concessions, — pour commencer par elles, — sont des conventions dans la mesure où elles règlent contractuellement, et sous forme de clauses financières, les rapports de la collectivité concédante et du concessionnaire, mais elles cessent d'être des conventions dans la mesure beaucoup plus large où elles contiennent des dispositions (tarifs, conditions d'exploitation, de travail, de responsabilité) qui intéressent des tiers ou le public en général. On sait que les contrats proprement dits (art. 1165) ne nuisent ni ne profitent aux tiers : par ces dernières clauses nous sommes donc hors de la sphère contractuelle, hors aussi de la stipulation pour autrui que les civilistes ont voulu invoquer, et bel et bien en présence d'une « règle de droit qui s'appliquera à une série d'actes individuels postérieurs [1] », c'est-à-dire en somme en présence d'une loi, exactement d'une convention-loi.

Le contrat collectif de travail, avec des apparences un peu différentes, a en réalité la même nature : aussi peu que la concession, il est vraiment contrat. Et d'ailleurs cette expression de

1. Duguit, *loc. cit.*, p. 130.

contrat collectif contient une contradiction en soi d'après Duguit : « Le contrat, écrit-il, est par nature et par définition chose essentiellement individuelle. Contrat et caractère collectif sont deux éléments qui s'excluent. L'erreur qu'ont commise les juristes en donnant à ces actes le nom de contrat collectif, ils l'aggravent en voulant coûte que coûte les faire rentrer dans le cadre traditionnel du contrat[1] ». Pour expliquer la concession, les civilistes invoquaient la stipulation pour autrui, pour rendre compte du contrat de travail ils s'efforcent de le faire rentrer dans le cadre du mandat : « Le contrat collectif, disent-ils, ne peut produire d'effet qu'à l'égard de ceux qui peuvent être considérés comme ayant donné un mandat tacite au syndicat de traiter en leur nom. Par conséquent, le contrat collectif, ne peut produire d'effet à l'égard de ceux qui ne faisaient pas partie du syndicat au moment où il a été conclu. D'autre part, le mandat est, de sa nature, toujours révocable ; nul n'est tenu de rester dans un syndicat. Patrons et ouvriers sont donc toujours libres de sortir du syndicat et de faire cesser en ce qui les concerne l'effet du contrat collectif. Autant dire que le contrat collectif ne produit aucun effet. » Et après cette critique très forte de la conception civiliste, l'auteur conclut pour son compte : « Le contrat collectif est une catégorie juridique toute nouvelle et tout à fait étrangère aux cadres tradi-

1. Duguit, *Loc. cit.*, p. 126.

tionnels du droit civil. C'est une convention-loi réglant les relations de deux classes sociales. Ce n'est point un contrat faisant naître des obligations spéciales, concrètes et temporaires entre deux sujets de droit. C'est une loi établissant des rapports permanents et durables entre deux groupes sociaux, le régime légal suivant lequel devront être conclus les contrats individuels entre les membres de ces groupes[1] ».

Telle est la conception proposée. Nous n'avons pas à la critiquer pour le moment. Nous dénoncerons plus loin l'un des postulats sur lesquels elle repose. Mais ce qui importe ici c'est l'esprit qui l'anime. Or cet esprit reste toujours le même : il s'agit de substituer à la considération d'un droit subjectif, de son titulaire et de son exercice, celle d'une fonction sociale et de sa réglementation objective selon les nécessités de la solidarité. C'est le réalisme qui s'affirme et s'étend.

Le même réalisme apparaît encore dans la conception de la propriété où l'auteur nous propose de voir non plus un droit individuel, mais aussi et toujours une fonction sociale : « Tout individu, déclare-t-il, a l'obligation d'accomplir dans la société une certaine fonction en raison directe de la place qu'il y occupe. Or le détenteur de la richesse, par cela même qu'il détient de la richesse, peut accomplir une certaine besogne que lui seul peut accomplir. Seul il peut augmenter la richesse

1. Duguit, *Loc. cit.*, p. 134-135.

générale en faisant valoir le capital qu'il détient. Il est donc obligé socialement d'accomplir cette besogne, et il ne sera protégé socialement que s'il l'accomplit et dans la mesure où il l'accomplit. La propriété n'est plus le droit subjectif du propriétaire. Elle est la fonction sociale du détenteur de la richesse[1] ». L'affectation, dans ces conditions, devient l'essence de la propriété et n'a-t-on pas vu en effet la jurisprudence civile et le Conseil d'État, interprétant la loi Briand du 2 janvier 1907 sur l'attribution des églises, reconnaître au curé orthodoxe ou à un fidèle quelconque le droit de faire protéger l'affectation de l'église au culte catholique, et cela contre la commune, propriétaire elle-même. Et de cet exemple Duguit peut conclure : « Voilà une propriété qui n'est plus rien et une affectation qui est tout, une affectation qui est protégée contre le propriétaire lui-même, une affectation qui est énergiquement protégée comme telle sans qu'on puisse trouver trace ni d'un sujet de droit ni d'un droit subjectif[2] ».

III

Tel est le sens et tels sont les effets principaux de cette profonde transformation réaliste qu'est en train de subir notre droit privé et qui en éli-

1. Duguit, *loc. cit.*, p. 158.
2. *Tr. Dr. pr.*, 174-175.

mine, sous toutes les formes directes ou indirectes qu'elle y revêt, la notion métaphysique et idéaliste classique de droit naturel de l'individu. La même transformation orientée dans le même sens affecte avec la même nécessité le droit public d'où elle élimine, d'après notre auteur, la notion de souveraineté de l'État. Parlant en effet de la souveraineté de l'État et du droit naturel de l'individu, Duguit croit pouvoir affirmer qu'on s'aperçoit que « l'une et l'autre sont des concepts métaphysiques qui ne peuvent plus servir de fondement au système juridique d'une société toute pénétrée de positivisme ». « On a compris d'abord, explique-t-il, que le droit de puissance publique ne peut s'expliquer par une délégation divine. On comprend maintenant qu'il ne s'explique pas davantage par une délégation nationale, que la volonté nationale n'est qu'une fiction, puisque, dans la réalité, elle n'est, quoi qu'on fasse, que la volonté de quelques individus, et que, serait-elle la volonté unanime, elle ne serait encore que la volonté d'une somme d'individus, c'est-à-dire une volonté individuelle qui n'aurait aucun droit de s'imposer à celui qui s'insurgerait contre elle. On a compris que le *Contrat social* de J.-J. Rousseau qui a enthousiasmé plusieurs générations d'hommes, au nom duquel s'est faite la révolution, n'est derrière la splendeur du style, qu'un tissu de sophismes. On a compris que l'homme ne peut avoir de droits naturels individuels, parce qu'il est par nature un être social et que si l'homme a des droits,

il ne peut les tirer que du milieu social et non les lui imposer[1] ».

Dès lors, de même qu'en droit privé la notion de fonction sociale tend à remplacer celle de droit individuel, ainsi en droit public, la notion de service public vient remplacer celle de la souveraineté. L'État n'est plus une puissance souveraine qui commande. L'État est mort, s'écriait déjà Duguit en 1908, à la suite d'Édouard Berth. L'État tout au moins n'est rien autre chose qu'un « groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. » Et cette conception purement réaliste de l'État conduit nécessairement à une conception purement réaliste de la loi. Celle-ci est obligatoire non pas en tant que loi, mais en tant que conforme aux nécessités de la solidarité sociale. « La conscience humaine perçoit aisément le caractère obligatoire d'une pareille règle et y voit non pas l'obligation transcendante correspondant à un devoir métaphysique mais une nécessité sociale qui s'impose à tous les hommes vivant en société et parce qu'ils y vivent[2]. » C'est toujours la fameuse théorie de la règle de droit qui est règle en étant fait, qui est obligatoire sans être idéale. C'est le droit en somme avec tous ses effets, mais sans son principe. Sur ce point délicat et capital, la pensée de l'auteur n'est pas exempte d'obscurité, et on

1. Duguit, *Transformat. du Droit public*. Introd., p. XVI.
1. *Id.*, p. 77.

le voit un peu trop accorder d'une main ce qu'il va retirer de l'autre. Il lui faut tenir la gageure d'un lroit public qui admet des lois mais proscrit la souveraineté.

Il distingue pour cela diverses espèces de lois : es lois normatives, les coutumes et les lois constructives.

Les premières sont celles qui formulent ces règles de solidarité sociale dont nous venons de oarler, telles les lois pénales définissant les infracions et les prohibant, telles encore ces principes généraux comme l'article 1382 du Code civil qui oblige à réparation celui par la faute duquel un lommage est arrivé. Pour rendre compte du caracère obligatoire que prennent ces règles de fait en devenant normatives, l'auteur, invoquant Dicey, se réfère à l'opinion publique. Mais il sent confusément qu'on pourra opposer à son positivisme radical un tel appel à la conscience. Aussi se hâte-il de préciser que « si l'opinion est le facteur ssentiel de la législation, elle ne joue ce rôle que orsqu'elle en est arrivée à considérer qu'une ceraine règle s'impose sous une sanction sociale[1] ». Et il se croit en droit de conclure : « Il arrive un noment où la notion du caractère obligatoire de ertaines règles pénètre si généralement et si profondément la conscience des membres d'une société, que toute loi qui les formule rencontre mmédiatement une adhésion unanime et que son

1. Duguit, *loc. cit.*, p. 78.

caractère obligatoire apparaît à tous avec la plus complète évidence[1]. »

De ces lois normatives les coutumes ne diffèrent qu'en degré et non en nature. Elles en représentent la première ébauche élaborée sous l'action des besoins sociaux.

Quant aux lois constructives enfin, ce sont celles qui organisent la sanction sociale des lois normatives, celles qui organisent les services publics.

Et pour bien montrer que cette notion de service suffit à tout et qu'il n'y a pas lieu vraiment d'entrer en coquetterie avec l'idéalisme du droit naturel, l'auteur se déclare tout prêt à abandonner les lois normatives[2] de même qu'à « négliger la question de savoir s'il existe une règle de droit, à proprement parler, antérieure et supérieure aux gouvernants[3] ». Il ne reste finalement qu'une nécessité inéluctable, parce qu'elle est la condition même de la vie sociale, et qui consiste à « organiser certaines activités en service public », et par conséquent à conférer « une force spécialement obligatoire à toute disposition par voie générale portée pour l'organisation et le fonctionnement des services publics. » La nécessité de *services* publics, voilà donc *le fait* qui fonde le droit public et la loi, de même que la nécessité sociale de certaines *fonctions* exercées par des

1. Cf. Duguit, *loc. cit.*, p. 79.
2. *Id.*, p. 80.
3. *Id.*, p. 81.

individus fondait le droit privé et le contrat.

Voici maintenant, en ce qui concerne spécialement le droit public, des preuves de fait de la conception réaliste proposée, preuves destinées à montrer que cette conception n'est pas une pure et simple vue de l'esprit. Et d'abord elle seule est capable d'après son auteur d'expliquer les lois dites organiques. « Si en effet l'on admet la personnalité de l'État et si l'on définit la loi l'ordre formulé par la volonté souveraine de l'État, on est dans l'impossibilité absolue de comprendre comment les lois organiques peuvent être véritablement des lois puisque l'État ne peut pas s'adresser un commandement à lui-même. Au contraire le caractère obligatoire de pareilles dispositions apparaît très nettement si on le rattache à l'obligation qui s'impose aux gouvernants d'organiser les services publics[1]. » Et d'ailleurs les lois civiles elles-mêmes, dans la conception qui nous en est proposée, ne sont en réalité que des lois organiques de services publics. Ainsi c'est donc bien une explication systématique de toutes les espèces de lois que nous offre la théorie réaliste de Duguit. En second lieu la même théorie trouve sa preuve encore dans le fait que les propositions essentielles qui découlent du système traditionnel ne sont plus acceptées par le Droit public tel que nous le voyons se transformer sous nos yeux.

La première de ces propositions faisait appa-

1. *Id.*, p. 82.

raître la loi comme une décision ne pouvant émaner que du peuple et de ses représentants, puisqu'elle était un commandement de la puissance souveraine. Or de plus en plus nous voyons le *règlement* émané du pouvoir exécutif avoir force de *loi*, et le pouvoir réglementaire s'étendre bien au delà de ce qui concerne strictement l'exécution des lois. « Il s'est formé à côté de la législation proprement dite, toute une législation que l'on peut appeler réglementaire et qui a pour les particuliers, les administrateurs et les juges la même force obligatoire que les lois formelles. » Voilà donc effacée la différence radicale instituée par nos constitutions entre le règlement et la loi.

Il reste bien le recours pour excès de pouvoir et l'exception d'illégalité qui sont recevables pour le règlement et non pour la loi. Mais cette dernière différence que Duguit donne comme la seconde conséquence du système classique, tend certainement à disparaître à son tour. Quand elle aura totalement disparu, on aura vu disparaître en même temps la seconde conséquence essentielle du système classique de la souveraineté : or c'est un fait, remarque M. Duguit, qu'aujourd'hui la plupart des théoriciens sont d'avis de donner aux tribunaux le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois.

Une troisième conséquence du dogme impérialiste de la souveraineté, c'est l'unité de la loi, l'exclusion du fédéralisme et de toute loi de région ou de groupe qui voudrait s'affirmer à côté de l'uni-

que loi nationale. Or sur ce point encore les faits se sont insurgés contre les dogmes. Et en effet ce n'est pas seulement dans les pays fédéraux, c'est aussi dans les pays unitaires comme la France qu'apparaît la régionalisation, la décentralisation de la loi.

Premièrement il existe de véritables lois communales et le maire qui les édicte est un véritable législateur dans sa commune. Il n'agit pas comme subordonné du préfet, agent du gouvernement central, mais comme représentant de la collectivité locale décentralisée : il est reconnu en effet que le préfet ne peut réformer les règlements du maire, mais seulement les annuler pour violation de la loi, et qu'il ne peut pas se substituer au maire quand celui-ci a pris toutes les mesures de police nécessaires. Sur ce point le Conseil d'État confirme la jurisprudence.

Secondement, à côté des lois communales, il existe également en face des lois nationales, des lois de services publics décentralisés. « Le service public décentralisé, écrit notre auteur, autonome et patrimonialisé, est un organisme juridique se suffisant à lui-même : il doit donc avoir sa loi propre. Elle apparaît d'abord en ce que le service a la possibilité de régler lui-même son organisation et son fonctionnement. La règle établie à cette fin est bien une loi au sens matériel. Elle est une disposition par voie générale. Elle est accompagnée d'une sanction juridictionnelle. Tout acte qui la viole est frappé de nullité et peut être attaqué pour excès de pouvoir. Cette loi propre à chaque

service décentralisé, distincte de la loi nationale, apparaît très nettement pour les grands établissements publics. L'administration hospitalière d'une grande ville s'organise elle-même, se donne à elle-même sa loi. Sous le nom de règlements elle édicte quantité de règles qui sont de véritables lois sur la gestion du service. Tous les actes qui la violent sont annulés sur le recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'État l'a souvent décidé. La loi du service autonome est ainsi distincte de la loi nationale par son objet, par son but, par l'organe duquel elle émane. Nous en dirons autant des règlements que fait chaque université sur le fonctionnement de ses services. Chaque conseil d'université possède à cet égard une véritable compétence législative[1]. » Le statut propre aux fonctionnaires de certains services particuliers est encore un exemple de loi décentralisée; et le droit disciplinaire distinct du droit pénal en est une conséquence. Et l'évolution de ce droit disciplinaire des agents publics est particulièrement caractéristique parce qu'elle suit pas à pas la marche des services publics vers l'autonomie.

Mais ce qui est beaucoup plus caractéristique encore comme signe de l'abandon de la notion impérialiste de la loi, c'est le mouvement associationniste contemporain en général et la forme syndicaliste de ce mouvement en particulier.

La démonstration de Duguit est ici très frap-

1. Duguit, *loc. cit.*, p. 114-115.

pante : « Si, déclare-t-il, le formidable mouvement associationniste et syndicaliste que l'on connaît a pu se produire, s'il s'élargit chaque jour davantage, c'est que la conception de la loi, ordre de la volonté souveraine de la nation une, a vécu. Qu'on ne dise pas que les statuts d'une association ne sont pas une loi mais bien les clauses d'un contrat individuel. Ce serait une proposition tout à fait erronée qui a pu être un moment soutenue, mais qui n'est plus défendue aujourd'hui que par quelques civilistes attardés. Les auteurs de la loi Le Chapelier ne s'y étaient pas trompés. Ils avaient bien aperçu le caractère réglementaire des statuts de toute association, et c'est précisément pour cela qu'ils la prohibaient comme contraire à la constitution. Sans doute la loi du 1er juillet 1901 sur la liberté d'association (art. 1er) déclare qu'en principe l'association est régie par le titre III du livre III du Code civil sur les contrats et obligations. Il n'y a là rien de moins qu'une erreur législative. Au reste il est à noter que cette loi de 1901 qui prend le contre-pied des conceptions civilistes et individualistes, qui est à la fois produit et facteur d'une évolution sociale destructive de ces conceptions, a été rédigée par des hommes qui invoquaient à chaque instant les principes traditionnels. Nouvelle preuve après mille autres que la pensée intime de ceux qui font la loi reste étrangère à l'élaboration du droit dont cette loi est cependant un élément. Les statuts d'une association ne sont point les clauses d'un contrat, mais

une loi véritable[1]. » Et en effet, alors que le contrat crée entre deux individus dont les volontés s'accordent sur un objet déterminé, une situation juridique individuelle et temporaire, les statuts d'une association au contraire règlent d'une façon permanente le fonctionnement de l'association. Les obligations y résultent de l'adhésion de l'associé et si peu d'un contrat que l'assemblée générale peut les modifier malgré l'opposition de l'associé.

Ainsi la loi n'est plus le monopole de l'État tout-puissant et le grand mouvement associationniste contemporain oblige à renoncer à la notion traditionnelle de la souveraineté et de la loi. « La formation des grandes sociétés de capitaux, le développement des syndicats de toutes sortes et des fédérations de syndicats, depuis les syndicats de travailleurs jusqu'à ceux de propriétaires et de capitalistes, nous paraissent être des faits trop généraux, trop spontanés, trop représentatifs de notre époque, affirme Duguit, pour qu'on puisse ne pas y voir les éléments de la société de demain et le fondement du Droit public qui sera le sien. Déjà il n'est plus un droit fondé sur l'idée d'une souveraineté une et indivisible. S'il est encore, s'il sera aussi dans l'avenir le droit objectif des gouvernants, il est et il sera le droit *non pas de gouvernants qui commandent, mais de gouvernants qui gèrent les services publics*, contrôlent l'action

1. Duguit, *loc. cit.*, p. 123.

des groupements et assurent leur coordination [1]. » Enfin l'existence de ces lois-conventions dont nous avons déjà parlé à propos du droit privé et qui, résultant d'une entente contractuelle entre l'administration et le concessionnaire d'un service public, apparaissent comme le statut de ce service public, achève de ruiner la conception classique d'une loi ordre souverain et unilatéral d'une puissance commandante unique et supérieure.

A cette conception réaliste qui se fait jour, de la loi comme simple statut réglant l'organisation et le fonctionnement d'un service public, centralisé ou non, correspond une conception réaliste analogue de l'acte administratif. Celui-ci n'est plus un acte de souveraineté de l'agent du gouvernement échappant au contrôle des tribunaux, il devient un acte individuel pur et simple fait en vue d'un service public. Et M. Duguit de conclure, après une longue analyse de l'acte administratif et de ses conditions : « Le concept de puissance publique est éliminé du domaine administratif comme du domaine législatif [2]. » Et une dernière conséquence enfin de cette transformation, c'est la notion nouvelle du contentieux administratif, c'est-à-dire de la jurisprudence relative au recours pour excès du pouvoir. Dans la doctrine classique, en effet, une réclamation visant un acte administratif n'était fondée que dans la mesure où cet acte

1. Duguit, *loc. cit.*, p. 129.
2. *Id.*, p. 173.

avait violé un droit. Tout procès administratif se ramenait au fond à savoir si un droit subjectif de l'individu avait été atteint ou non par l'État. « L'État, écrit Duguit, était considéré comme titulaire du droit subjectif de puissance qui se manifestait non seulement dans la loi, mais aussi dans l'activité administrative. L'individu était conçu comme titulaire, en tant qu'homme, d'un certain nombre de droits subjectifs se synthétisant dans les deux droits de liberté et de propriété. A cette liberté, à cette propriété, l'État ne peut pas toucher ou du moins ne peut toucher que dans une certaine mesure et sous certaines conditions[1]. »

Ces principes classiques ont été progressivement abandonnés par la jurisprudence du Conseil d'État. Celle-ci d'une part s'est attachée à soumettre au recours pour excès de pouvoir les actes de Gouvernement, qui y étaient d'abord soustraits comme manifestation de la puissance politique du pouvoir qui les accomplissait : voilà pour le soi-disant droit souverain de l'État. D'autre part elle a apporté au jugement des conflits entre le pouvoir administratif et la liberté individuelle, un esprit réaliste tout nouveau que notre auteur précise ainsi : « Ce contrôle (le contrôle juridictionnel de l'activité administrative) n'est point fondé sur le droit subjectif de l'individu s'opposant au droit de

1. Duguit, *loc. cit.*, p. 4, 181-182.

puissance de l'État. Il est tout entier fondé sur la défense de la légalité, du droit objectif, de la loi du service public. Chaque individu est en quelque sorte agent du ministère public. Il collabore à la protection de la légalité ; il peut agir pour demander au tribunal compétent d'annuler tous les actes contraires à la loi. Sans doute les individus qui agissent ont un intérêt. Mais ce n'est pas en réalité cet intérêt que protège le droit. C'est le service public, c'est son bon fonctionnement, c'est le respect de la loi. L'administré est armé d'une sorte d'action populaire pour obtenir cette protection. Ce n'est ni son droit, ni même son intérêt qui sont déduits en justice. Il profite du recours ; mais celui-ci est tout objectif dans son but, dans ses effets[1]. » Et encore : « En droit privé, tant que l'on a rattaché l'effet de droit à l'autonomie de la volonté individuelle, on n'a point eu pour apprécier la validité d'un acte juridique à rechercher par quel but l'individu avait été déterminé ; il suffisait qu'il ait voulu une chose qu'il avait la capacité de vouloir. Les deux éléments de l'acte juridique étaient la capacité personnelle et l'objet. De même en droit public tant que l'on a rattaché l'effet de l'acte administratif uniquement au droit de puissance publique, il suffisait, pour qu'il fût valable, qu'il fût fait par un agent compétent d'après l'objet de l'acte. Dès le moment où l'élimination du concept de puissance

1. Duguit, *loc.cit.,* p. 205.

publique a commencé de se réaliser, dès le moment où l'on a compris que la puissance publique n'occupait plus le premier rang dans l'activité administrative, l'élément but y a pris une place éminente. Il ne suffit plus, pour être valable, que l'acte administratif émane de l'agent compétent, il faut encore que celui-ci, en le faisant, se détermine par le but qu'avait en vue la loi en lui donnant cette compétence. Ce but est en définitive toujours le même, le bon fonctionnement du service à la gestion duquel est préposé l'auteur de l'acte[1] ».

IV

Ces mots de but, de but objectif conforme aux nécessités de la solidarité sociale, de fonction sociale, de service public reviennent comme un leit-motiv dans toutes les parties de la longue démonstration que nous venons de suivre à travers le droit privé et le droit public. Ils en indiquent assez clairement l'esprit et la conclusion générale. Le droit ne découle plus d'un principe métaphysique. Il ne découle plus de l'essence de l'homme, de sa volonté souveraine et libre. C'est simplement un état de fait, la sanction et la protection de certaines activités sans lesquelles ne pourrait se maintenir la solidarité nécessaire à la vie en société. La règle de droit n'est pas un idéal, c'est

1. Duguit, *loc. cit*, p. 208.

une nécessité. Elle impose et protège l'exercice de fonctions individuelles ainsi que l'organisation et la gestion de services publics, de même que la vie d'un organisme impose comme une nécessité de fait et non comme un idéal rêvé, l'accomplissement par les divers organes de fonctions déterminées. Si dans l'organisme animal l'étude de ces fonctions relève uniquement de l'observation, il en est de même dans l'organisme social de ces fonctions que sont les diverses institutions du droit public ou privé. Derrière ces institutions il n'y a pas à chercher un principe idéal qui les engendre, mais seulement un but social qu'elles servent nécessairement à réaliser. Voilà bien la conception du droit la plus décidément réaliste et positive que l'on puisse rêver et l'on a vu combien souvent et combien exclusivement son auteur se réclamait en effet et du réalisme et du positivisme.

Voilà qui nous justifie de l'avoir prise pour type et analysée avec autant de précision que nous avons pu. Reste à savoir maintenant si telle quelle et sans rien sacrifier de l'intransigeance de certaines de ses expressions, elle conduit à la négation absolue de tout idéal et au règne de la force comme l'a fait si souvent, sinon toujours, ce réalisme allemand auquel nous avons vu certains auteurs l'assimiler témérairement. Reste à savoir en second lieu si ce n'est pas précisément dans la mesure où elle présente au moins les apparences de telles conséquences, qu'elle a suscité en France les réactions les plus vives, non pas seulement de

la part des juristes métaphysiciens, ce qui est trop évident et ne serait nullement démonstratif, mais de la part de ceux qui se donnent très expressément pour réalistes, et qui ont été les promoteurs de la réaction contre la tradition individualiste classique. Reste à savoir enfin si, ces réalistes nous apparaissant dans leur réaction comme beaucoup moins vraiment réalistes qu'ils ne croient, il n'est pas possible de concevoir un réalisme très authentique qui, tout en enracinant le droit dans l'histoire et dans les faits avec la plus scrupuleuse méthode historique, conserve cependant au droit son caractère de principe idéal et supérieur, et donne par conséquent satisfaction aux exigences légitimes de la conscience.

Sur le point de savoir si le réalisme de Duguit conduit comme on l'a dit au règne de la force, il suffit de se reporter aux textes pour voir qu'il n'en est rien. Remarquons tout d'abord, à n'envisager avant les textes que les tendances générales, ce qu'il y a d'étrange à voir un apologiste de la force dans un détracteur aussi passionné de la souveraineté, tant dans l'individu que dans l'État. Comment un partisan de la force s'acharnerait-il à nier l'efficacité juridique de la faculté humaine d'où essentiellement dérive la force, de la volonté? Comment refuserait-il comme il le fait, à la volonté, toute espèce de droit de s'imposer à une autre volonté dans le contrat, ou de disposer de son avoir selon ses intentions personnelles dans le testament? Et où a-t-on vu notre auteur sanc-

tionner le fameux pouvoir de vouloir des Allemands?

Mais c'est surtout en droit public, à propos de la théorie de l'État qu'éclate l'absurdité du reproche. L'auteur commence par nier la personnalité et la souveraineté de l'État. Est-ce le moyen de le fortifier? La souveraineté nationale n'est pour lui qu'un mythe, un mythe issu de la tradition royaliste et transformé et fortifié par Rousseau. Et c'est ce caractère mythique de la souveraineté nationale qui a donné à cette notion « contraire aux faits » une force et une durée factices. Aujourd'hui elle se heurte précisément à deux faits qui la détruisent : à la décentralisation et au fédéralisme dont nous avons montré plus haut la signification. Contraire aux faits, la doctrine de la souveraineté est en outre inefficace et dangereuse. Elle a « toujours été en théorie et en fait une doctrine d'absolutisme[1] », et au point de vue efficacité, elle est incapable de rendre compte de tous les services publics qu'on demande aujourd'hui à l'État d'organiser. A ce point de vue la notion de souveraineté est en effet détrônée, nous l'avons vu, par celle de service public, en même temps que la loi cesse d'être le commandement de l'État souverain pour devenir simplement le statut d'un service[2]. Si l'État est ainsi dépossédé, par cette négation de la souveraineté, du pouvoir de commander, comment

1. Duguit, *loc. cit.*, p. 29.
2. Id., p. 239.

prétendre que notre auteur le fonde sur la force? Souvenons-nous de sa théorie exposée plus haut des lois organiques et de son souci constant et particulièrement exprimé à ce propos de soumettre l'État à la règle de droit, de le rendre responsable, alors que la souveraineté absolue exclut la responsabilité (cf. le dernier chapitre des *Transformations du droit public* et aussi la théorie si libérale du contentieux administratif).

Et aussi bien, n'est-ce pas Duguit lui-même qui prend soin de préciser comment sa critique de la souveraineté permet à son réalisme d'échapper aux conséquences tyranniques qui sont celles du réalisme germanique? Que l'on se reporte en particulier à cette déclaration aussi catégorique que possible : « Si l'on ne voit dans les gouvernants que les détenteurs de la plus grande force, peut-il y avoir des lois supérieures à eux et leur imposant des obligations négatives et positives? Si leur action est limitée par ces obligations, détiennent-ils encore la plus grande force? Parler de gouvernants détenant la plus grande force et d'obligations juridiques s'imposant à eux, n'est-ce pas formuler deux propositions contradictoires? Les théoriciens allemands de la *Herrschaft* ne sont-ils pas seuls dans la vérité quand, comme Seydel, ils disent : « C'est donc une vérité indéfectible qu'il n'y a pas « de droit sans le *Herrscher* (le gouvernant détenteur de la puissance), au-dessus du *Herrscher* « ou à côté du *Herrscher*. Il y a seulement un droit « par le *Herrscher*. » Eh bien non! la conscience

moderne proteste énergiquement contre une pareille conclusion[1]. » Voilà qui est net et dispense d'insister[2].

V

Mais aussi bien qu'au reproche de consacrer la force, Duguit échappe-t-il à celui de ne consacrer que l'utilité sociale et de fermer les voies à toute notion idéaliste du droit? Cela est déjà beaucoup plus douteux. Au point de vue de la stricte logique du système, il semble d'abord que tout ce qui n'est pas fait pur et simple, fait observé, soit banni, et qu'aucune croyance de conscience, aucun senti-

1. Cf. *loc. cit.*, p. 44.

2. Nous comprenons donc mal que parmi d'autres critiques en partie justes et que nous retrouverons, Esmein (*Traité de Droit constitutionnel*, 6e édit., Introd.) ait adressé à Duguit cette critique qu'il considère comme la plus grave : la négation de la souveraineté mène au règne de la force. Esmein déplore l'évolution de Duguit vers ce qui lui apparaît être l'anarchie révolutionnaire. Il note que tout d'abord Duguit avait laissé sous une autre forme à l'autorité publique, aux gouvernants, les prérogatives essentielles et nécessaires. Mais il lui reproche avec véhémence d'avoir par la suite adhéré au syndicalisme. Et voilà évidemment l'explication de la critique initiale. Car pour Esmein, qui dit syndicalisme dit désordre, anarchie, violence, destruction de la souveraineté et les rouages de l'État. « Les syndicats ligués contre l'État ne sont eux-mêmes, déclare-t-il, que des forces déchaînées dont les luttes se donneront un libre cours lorsqu'il n'y aura plus au-dessus d'elles une autorité souveraine pour les maintenir et empêcher les violences. Et dans le sein de chaque syndicat qui fera respecter le droit de chacun des membres et sa liberté? » (*Dr. constit.*, p. 56). Et encore : « Proposer l'exploitation féodale à ceux qui dénoncent l'exploitation patronale et capitaliste ! Que nous sommes loin

ment de valeur, aucune intuition d'idéal n'interviennent jamais. Les professions de foi les plus étroitement positivistes se rencontrent à l'entrée et dans toutes les parties de l'édifice. La métaphysique, le subjectivisme, l'individualisme, le droit naturel sont choses sans cesse dénoncées avec horreur et rejetées avec mépris. L'auteur n'a-t-il pas été, dans un article de la *Revue de Droit public*, jusqu'à proposer de proscrire le mot même de droit tant il lui paraît gros de dangereuses confusions. Et cependant suit-il bien toujours strictement la logique de son propre système?

de nos philosophes du XVIIIe siècle inspirateurs de la révolution, qui ne songeaient qu'à faire vivre les hommes en paix dans l'égalité des droits, et en pleine liberté sous l'empire de la raison et la garantie de la souveraineté nationale! » (*Id.*, p. 57). Il n'y a qu'un malheur, c'est que la conception du syndicalisme qu'Esmein brandit pour condamner Duguit, n'est nullement celle à laquelle peuvent acheminer les théories de ce dernier, et que les syndicats et autres associations particulières et décentralisées qui ne diffèrent pas en nature de l'association-État, ne sont point des forces déchaînées, mais des services organisés en vue d'un but social défini, professionnel ou autre, et soumis comme tels à la règle de droit.

Si la critique d'Esmein nous paraît porter tout à fait à faux, il n'en est pas de même de celle de M. Hauriou (Les Idées de M. Duguit, extrait du *Recueil de Législation*, Toulouse, 1911) lorsqu'il reproche à Duguit d'affaiblir par trop le principe d'autorité dans l'État. D'après lui il peut arriver que les ordres souverains du gouvernement soient en conflit avec le droit positif ou avec le droit idéal : mais dans ce cas il accorde au gouvernement le droit à l'obéissance préalable jusqu'à ce que le conflit soit réglé. « C'est en somme, déclare-t-il, dans ce bénéfice du préalable que consiste le principe d'autorité. » (*Loc. cit.*, p. 14.) Et c'est précisément ce bénéfice-là qu'il reproche à Duguit d'avoir refusé au pouvoir politique. (*Id.*, p. 13, 25.)

On a pu soutenir que non, et alléguer maint passage troublant. Qu'il nous suffise d'en citer deux qui nous paraissent particulièrement propres à être médités. Parlant des rapports de l'opinion publique et de la loi obligatoire, Duguit s'exprime ainsi : « Il arrive un moment où la notion du caractère obligatoire de certaines règles pénètre si généralement et si profondément la conscience des membres d'une société, que toute loi qui les formule rencontre immédiatement une adhésion unanime et que son caractère obligatoire apparaît à tous avec la plus complète évidence. » (*Tr. D. pub.*, p. 78.) Voulant expliquer d'autre part l'existence d'obligations qui s'imposent aux gouvernés, c'est-à-dire en somme tout simplement l'existence d'un droit qui s'impose, Duguit fait cette profession de foi capitale où l'idéalisme ne peut que se reconnaître : « Comme au fond *le droit est une création de la conscience humaine*, on peut affirmer que des obligations d'ordre juridique s'imposent aux gouvernements parce *qu'il y a dans l'esprit de l'homme moderne une répugnance invincible à ce* qu'*il en soit autrement*. Qu'après cela les juristes sociologues cherchent à déterminer le fait social qui est le fondement de ces obligations, libre à eux. Personnellement nous l'avons tenté, et nous avons cru le trouver dans le grand fait de l'indépendance sociale. Cette manière de voir a rencontré de très vives et très graves objections. Nous persistons à penser que le fait de l'interdépendance

sociale permet de donner au problème *une solution intéressante*. Mais à dire le vrai, cela n'a pas d'importance, parce que la *notion d'un devoir juridique s'imposant aux gouvernants remplit la conscience des hommes modernes*. Or ce qui fait le droit, la règle de droit, c'est *la croyance pénétrant profondément la masse des hommes à une époque et dans un pays donnés, que telle règle est impérative*, que telle charge doit être accomplie. *Le droit en un mot est avant tout une création psychologique de la société* déterminée par les besoins d'ordre matériel, intellectuel et moral. » (*Id.*, p. 44-45.)

Voilà, n'est-il pas vrai, sous la plume de Duguit, un texte plutôt inattendu. Nous en avons souligné nous-même les passages les plus frappants. Après toutes les déclarations si catégoriques que nous avons lues précédemment, nous entendons maintenant l'auteur nous dire que l'explication par le fait de la solidarité et la règle de droit, n'est qu'une solution intéressante et que cette explication n'a d'ailleurs pas d'importance. Il n'est plus question que de la conscience.

Gény, qui n'est pourtant pas du côté de la pure tradition qu'a attaquée Duguit, mais du côté des réformistes, a, dans un livre récent, tiré argument de ce texte pour rapprocher l'intuition de la règle de droit de celle du devoir Kantien, et pour soutenir que s'il ne s'appuie pas sur un idéal métaphysique le droit objectif reste sans fondement. Mais s'il faut aller jusqu'à cette conséquence, n'est-

ce point tout le système réaliste de Duguit qui s'écroule ; et ne faut-il pas voir dans le texte en question la condamnation de sa méthode par l'auteur lui-même?

C'est bien en effet ce qu'entend Gény qui accuse Duguit de revenir fatalement, après toutes ses négations, à une métaphysique inconsciente et d'en être par conséquent réduit à adorer ce qu'il a brûlé. Voici ce qu'il lui oppose au nom de l'irréductible métaphysique du droit naturel : « L'observation à elle seule est manifestement impuissante à établir que l'interdépendance sociale soit bonne en soi. Et supposé même acquis ce point qui n'offre aucun sens acceptable dans la philosophie de Duguit, comment en induire, sans l'assistance d'un principe moral supérieur, que pareil bien doive être poursuivi?... Il s'agit de justifier et de reconnaître une règle de conduite qui doive s'imposer obligatoirement aux hommes vivant en société, et on allègue simplement le fait de l'interdépendance qui constitue cette vie sociale elle-même. Car si habilement qu'on la présente, la prétendue solidarité sociale n'est en soi qu'un fait. Duguit n'y peut et n'y veut pas voir autre chose. Sans doute il la donne bien comme constituant un fait de conscience. Mais cela n'avance pas la question d'un pas, car un fait de conscience demeure un fait. Or il faudrait nous démontrer comment ce fait, à le supposer même incontesté, engendre légitimement l'obligation de la maintenir et de la développer. Vainement nous laissera-

t-on entendre que la solidarité apparaissant comme une condition essentielle de la vie en société, l'homme qui ne peut se passer de cette vie est conduit par là même à pratiquer la solidarité. Nous demandons toujours comment cette nécessité de fait se mue en nécessité de droit. Et quant à faire allusion à une sorte d'instinct ou de voix intérieure qui suggérerait à l'homme de vouloir la solidarité, nous restons fondés à réclamer les titres qui autorisent cette suggestion et que nous n'apercevons pas sur le terrain du fait. Car enfin en admettant qu'une puissance inconnue incline manifestement les volontés vers la réalisation de la solidarité sociale, rien dans les faits ne saurait démontrer qu'il convient de s'abandonner à cette impulsion, voire même de la développer plutôt que d'y résister et de la combattre[1]. »

Dans ces objections de Gény à Duguit, on reconnaît l'opposition ordinaire du droit et du fait, de l'idéal et du réel qu'on invoque traditionnellement contre la morale positive de Lévy-Bruhl, contre la sociologie de Durkheim, contre le réalisme en général. Voilà donc Duguit sommé de se convertir, touché lui aussi par la grâce du droit naturel renaissant, ou aussi définitivement rejeté par Gény que par les purs métaphysiciens du côté des réalistes impénitents et insuffisants, sociologues ou positivistes.

1. Gény, *Science et Technique en Droit privé positif*, II, p. 252, 262-263.

Au point de vue qui nous occupe, voulant comme nous avons dit, juger des possibilités d'idéalisme contenues dans la méthode réaliste, il est capital de rechercher si Duguit, acculé ainsi que nous venons de l'indiquer, pourra du moins trouver secours et réponse du côté de la sociologie qu'il a si souvent invoquée et en compagnie de laquelle il se trouve finalement disqualifié. Mais au contraire la sociologie ne va-t-elle pas, plus complètement réaliste et positive que lui-même, et, au nom de ce réalisme dont nous instruisons le procès, lui interdire son appel suprême à la conscience et à la persuasion commune, et lui contester sa définition du droit création psychologique de la société? Beaucoup certainement le croiront, si nous en jugeons par certains préjugés courants relatifs à la sociologie, et on pourra le croire d'autant plus volontiers que dans le texte incriminé, Duguit lui-même semble faire bon marché des sociologues et les abandonner à leur marotte positive qui ne sera décidément plus la sienne. Cependant il n'en est rien. Il y a en effet, à notre avis, une conception sociologique du droit qui sans rien renier de la méthode réaliste, reste idéaliste et psychologique dans sa signification profonde. Pour rester idéaliste Duguit peut donc, laissant de côté la métaphysique, s'appuyer sur la sociologie.

Mais s'il s'appuie bien sur la sociologie, et non, comme le prétend Gény, sur une métaphysique inconsciente, il lui faut être avec la sociologie

véritablement d'accord. En est-il ainsi? Il ne suffit pour cela ni que l'auteur prône la méthode réaliste et positive et condamne l'*a priori*, ni même qu'il se réclame de la conception de la solidarité et de la division du travail professée par Durkheim, il faut encore et avant tout qu'allant au fond des choses, il admette le postulat sur lequel repose toute la sociologie et qu'impliquent toutes les explications qu'elle propose. Ce postulat, c'est l'existence d'une réalité, d'une conscience, d'une volonté collectives distinctes de la réalité, de la conscience et de la volonté individuelles. D'où l'on tire : 1° que, distincte de l'individuelle, cette réalité collective n'en a plus la subjectivité, mais est au contraire objectivement observable ; 2° qu'extérieure et supérieure à l'individuelle, mais pourtant donnée comme elle dans l'expérience, la conscience collective peut apparaître à l'individu comme le foyer donné et observable de son idéal. Donc si l'on veut aller chercher dans leur caractère collectif le pourquoi du caractère à la fois objectif et idéal des règles du droit, comme aussi bien de la morale, il est assez clair qu'il ne faut pas commencer par nier la spécificité de ce caractère collectif qui explique tout.

Or c'est cependant par une telle négation que Duguit commence et que d'ailleurs aussi il finit, montrant ainsi une constance curieuse à se priver du seul appui solide sur lequel il puisse étayer sa doctrine.

Dès 1901, dans son premier ouvrage capital :

L'État, le droit objectif et la loi positive, il attaque la notion de l'État-personne et il dénonce en même temps le caractère fictif et métaphysique de toutes les théories qui, sous des formes diverses, tendent à affirmer la réalité de la conscience et de la volonté collectives. Alors qu'il est par ailleurs si hostile à l'individualisme classique, il se montre à ce point de vue d'un individualisme forcené. Sa position est aussi antisociologique que possible. Parler de la réalité de la société, c'est d'après lui introduire dans les faits l'hypothèse absolument gratuite d'une chose en soi, c'est créer une hypostase : « On veut, déclare-t-il, rester dans le monde de la réalité. Or les faits les voici : des hommes qui ont des besoins communs, des aptitudes diverses, qui échangent des services, qui ont toujours vécu en commun, qui par suite de leur nature physique ne peuvent vivre qu'en commun et en échangeant des services, des hommes qui sont plus forts que les autres et dont les plus forts ont toujours imposé une contrainte aux plus faibles.... Voilà les faits. Hors de là tout n'est que fiction. Ces hommes réunis forment, dit-t-on, un être vivant et organisé, pensant, voulant, distinct des individus qui le composent. On ne l'a jamais vu, et on a écrit des volumes sans pouvoir démontrer son existence. Derrière ces volontés et consciences individuelles, il y a, dit-on, une volonté et une conscience collectives distinctes des volontés et des consciences individuelles. Sans doute un

certain nombre d'hommes à une même époque veulent et pensent la même chose. En résulte-t-il une volonté et une conscience qui ne soient pas la somme des consciences et des volontés individuelles?... Mais, dit-on, cette volonté est déterminée par des buts différents des buts individuels. Elle est donc une volonté distincte de la volonté individuelle. — Non, une volonté individuelle même déterminée par un but collectif reste une volonté individuelle.... Que le premier acte de la conscience individuelle ait été une représentation de la solidarité sociale, c'est possible, c'est même probable. L'acte n'en a pas moins été un acte de conscience individuelle. »

Même note plus tard lorsque l'auteur étudie la transformation du droit privé[1], c'est-à-dire toujours négation très décidée de la réalité collective. Et lorsque enfin il semble avoir le plus besoin de la conscience collective pour donner un sens acceptable et exempt de contradiction au fameux texte rapporté plus haut et où se trouve l'appel à la psychologie et à la conscience, il s'entête toujours dans l'individualisme intransigeant qui le ruine. Si en effet il écrit que ce qui fait le droit, c'est la croyance de la masse à une règle impérative, et que le droit est avant tout une création psychologique de la société déterminée par ses besoins, il ajoute bien vite : « En disant cela nous n'entendons d'ailleurs aucunement affirmer l'exis-

1. Duguit, *Transformat. du Droit privé*, p. 73, 74, 83, etc.

tence d'une prétendue conscience sociale distincte des consciences individuelles. Ce serait là une affirmation d'ordre métaphysique que nous nous garderons bien d'énoncer[1]. » Au vrai, ce qu'il se garde d'énoncer ce n'est pas une affirmation métaphysique, mais au contraire l'affirmation positive fondamentale qui seule pourrait donner à son réalisme la valeur d'idéal qui lui manque. Et de même si sur bien des points essentiels sa pensée reste incertaine ou même contradictoire, comme l'a remarqué Esmein à propos de la personnalité qui est accordée aux associations ordinaires et refusée à l'association-État[2], à propos encore du contrat collectif qui est déclaré bien gratuitement une notion contradictoire, c'est toujours parce que manque l'assise sociologique et parce que l'auteur n'a pas vu que si la volonté collective est une réalité, elle peut tout naturellement jouer dans sa sphère le rôle que joue dans la sienne la volonté individuelle[3], de même qu'elle peut, dans

1. Duguit, *Transformat. du Droit public*, p. 45.

2. Cf. Esmein, *Droit constitutionnel*, 6e édit., Introd. Il est singulier, dit Esmein, que Duguit accorde de plein droit, sans difficulté ni réserve, la personnalité aux associations qui se forment dans l'État et qu'en même temps il refuse cette personnalité à l'État qui est simplement pour lui la plus étendue des associations. Pour Esmein au contraire, l'Etat est une association sans pareille et possède à ce titre des droits et une souveraineté qui n'appartiennent qu'à lui et ne sauraient être étendus aux associations ordinaires.

3. On trouvera dans l'ouvrage du professeur Visscher, de l'Université de Gand, préfacé par Saleilles, un intéressant essai d'explication de la nature collective du contrat du travail (1912).

certaines conditions, produire et proposer au législateur un idéal que d'autres vont demander, mais que Duguit s'est interdit de demander à la métaphysique.

Telles sont les causes qui expliquent l'insuffisance et l'échec final du réalisme pourtant si fortement dessiné de Duguit. En résumé, il nous apparaît se heurter au dilemme suivant : ou bien il reste — ce qu'en fait nous avons vu qu'il ne fait pas — strictement fidèle à la logique rigoureuse de sa méthode trop étroite, et alors il est impuissant à rendre compte de la valeur idéale du droit, ou bien il cherche à rendre compte de cette valeur, mais, faute de comprendre le sens véritable et la portée de cette sociologie qu'il invoque tout en la niant, il ne le fait que grâce à un appel plus ou moins inconscient et contradictoire à cet idéalisme métaphysique qu'il combat. Dans le premier cas il se heurte aux objections des metaphysiciens, dans le second à celles des sociologues. Singulière fortune en définitive que celle de ce réalisme qui évite bien sans doute de tourner, comme le réalisme allemand, à l'apologie de la force, mais qui néanmoins ne sait pas trouver à travers le positivisme le chemin de l'idéalisme.

CHAPITRE II

Un essai de conciliation du droit naturel et des données de l'expérience : M. Gény

I. La science du droit, la métaphysique et la sociologie. — II. La science et la technique dans l'élaboration du droit. — III. L'irréductible droit naturel antérieur et supérieur à l'expérience.

Ce chemin de l'idéalisme, la sociologie cependant l'ouvrait à Duguit : c'est donc par sa faute et non en vertu d'une fatalité impliquée par le réalisme en lui-même qu'il n'a pas su le prendre et s'est engagé dans une impasse, C'est à cette conclusion précieuse et qui démontre la thèse que nous avons proposée, que nous amène la critique de Duguit. Il nous reste à établir, pour compléter notre preuve, que le chemin ouvert par la sociologie vers l'idéalisme est le seul qui convienne à qui veut pratiquer sans défaillance ni contradiction la méthode réaliste, que ce chemin enfin mène effectivement à son but et qu'il existe bien par conséquent, comme nous avons entrepris de le prouver, une conception réaliste du droit qui donne satisfaction aux légitimes aspirations de notre conscience vers l'idéal.

I

Si c'est à la sociologie seule qu'un réaliste conséquent avec lui-même peut en effet demander le chemin de l'idéalisme, il s'ensuit que toute autre tentative pour arriver au même but, celle par exemple d'un compromis entre l'observation réaliste des faits et l'acceptation des fins d'un droit naturel plus ou moins déguisé ou renaissant, devra donc mener le réaliste à une contradiction insoluble. Or c'est ce que va précisément nous faire apparaître la critique de la tentative récente de M. Gény.

L'effort de Gény est particulièrement intéressant à examiner à ce point de vue parce qu'il est, avec Saleilles, un de ceux qui ont le plus agi et agi des premiers pour réveiller la doctrine française de son sommeil dogmatique et civiliste, et lui imposer l'observation des réalités en même temps que l'habituer à la critique des sources et des méthodes d'interprétation. Or dans un ouvrage récent *Science et Technique en droit privé positif* et dont le troisième volume n'a pas encore paru, Gény s'efforce précisément de montrer comment l'élaboration du droit requiert un mélange de principes, de données de fait et de procédés techniques; et nous voyons le réalisme qu'il préconise s'accommoder, pour rendre compte du caractère idéal et impératif du droit, des directions d'un droit naturel sans doute assoupli, mais qu'il déclare irré-

ductile. Encore que l'auteur prenne figure de critique et de novateur vis-à-vis de la doctrine classique, c'est donc bien ici, comme nous allons le voir, la métaphysique et non du tout la sociologie qui prétend orienter le réalisme vers l'idéalisme.

Et aussi bien Gény, dont nous avons déjà cité plus haut une page caractéristique à propos de Duguit, se pose-t-il en effet en adversaire déclaré de la sociologie, tant en matière de droit que de morale. Sans doute il reconnaît à maintes reprises les mérites éminents de la méthode sociologique, mais seulement comme méthode d'observation, comme instrument : quant aux fins proprement dites, il la croit impuissante à les déterminer. Il oppose donc à la morale de Lévy-Brühl et à la sociologie de Durkheim des objections analogues à celles que nous lui avons vu plus haut faire à Duguit : « Ce qu'il reste impossible d'admettre, déclare-t-il, c'est que la méthode sociologique nous fournisse à elle seule les fins universelles d'où dépend toute la direction de la conduite sociale. » Et plus loin : « La raison qui constitue le point irrémédiablement faible de toute la construction sociologique, réside dans cette idée qu'aucune science ne peut suggérer des normes de conduite... Or il n'y a là qu'un postulat... Que la science en soi ne répugne pas à l'idée de norme, il suffit pour s'en convaincre de songer à la logique, à l'esthétique, disciplines essentiellement normatives et dont on ne saurait pourtant méconnaître

la base scientifique[1]. » Cette critique suppose un peu légèrement qu'il y a identité absolue entre les points de vue de Durkheim et de Lévy-Brühl, et elle semble ne pas faire état de la théorie pourtant si importante et si grosse de conséquences que le premier a finalement proposée des jugements de valeur. Mais ce qui importe ici c'est moins son exactitude que la netteté avec laquelle elle montre la position de l'auteur vis-à-vis de la sociologie.

Or nous allons voir maintenant que c'est précisément le fait d'avoir pris une telle position qui va, chez Gény, faire évanouir peu à peu le réaliste devant le métaphysicien. C'est une équivoque constamment et sans nul doute inconsciemment entretenue sur les mots de *science* et de *donné* qui va permettre la transformation et la laisser s'accomplir sous les auspices pour ainsi dire d'un réalisme qui ne cesse de demeurer dans les formules, même lorsqu'il est absent de l'esprit.

II

Étant donné le caractère de règle obligatoire présenté par le droit que l'auteur définit, — dans sa formule la plus courte, car il en a d'autres et beaucoup plus longues —, « un règlement imposé sous une sanction sociale coercitive à la conduite

1. Gény, *Science et Technique*, II, p. 84.

des hommes vivant en société[1] », la science qui en étudiera la nature sera normative et non pas seulement descriptive. L'étude du droit se rapproche par là de celle de la morale dont l'auteur défend aussi contre Lévy-Brühl le caractère normatif. Comme la morale il vise à diriger l'action. D'où l'importance de la technique et d'où aussi la tendance qui porte le droit à s'appuyer sur une philosophie faisant une part essentielle à l'action. On devine dans ces conditions la sympathie de notre auteur pour ce qu'il appelle d'un terme assez vague « la philosophie nouvelle » et où il fait entrer un peu pêle-mêle avec James, Bergson et Boutroux tous ceux qui, sous une forme ou sous une autre, ou font appel à l'intuition, ou critiquent le dogmatisme rationaliste. Mais dans le droit il n'y a pas seulement ce point de vue de l'action, il y a aussi le point de vue de la connaissance : et même il faut distinguer encore ce qui est donné et ce qui est construit, la science et la technique. Toutefois cette dernière antithèse de la science et de la technique qui fournit d'ailleurs le titre de l'ouvrage, ne doit être posée qu'avec des réserves car, ainsi qu'il apparaîtra dans les conclusions, Gény désigne sous le nom de science une connaissance beaucoup plus large que la science proprement dite et portant sur des objets — principes de droit naturel en particulier — qui, dans le langage ordinaire, échappent à la science et appar-

1. Gény, *loc. cit.*, I, p. 43.

tiennent à la métaphysique. Mais il résulte de cet emploi du mot science, comme de l'usage constant chez l'auteur des expressions d'élaboration scientifique, de données, de nature des choses, de réalité positive pour désigner des procédés ou des réalités qui ne sont pas exclusivement scientifiques, une équivoque qui pèse sur tout le livre et rend singulièrement fuyante et imprécise cette pensée qui mêle sans cesse positivisme et mysticisme.

Quoi qu'il en soit, voyons quelles facultés mettent en jeu cette science et cette technique qui coopèrent à l'élaboration du droit. La première constatation d'où doit partir ce que Gény appelle l'épistémologie juridique, c'est celle de la priorité de la science : « Si le droit tend à déterminer l'action, il suppose et appelle la pensée, de telle sorte qu'il nous apparaît *prima facie* sous la forme d'une idée rationnelle [1]. » La première démarche de l'élaboration scientifique et rationnelle du droit sera donc une « *représentation en idées* des intérêts se dégageant de réalités psychologiques et qu'il s'agit d'équilibrer ». Le rôle de la technique n'apparaît donc pas encore. Mais est-ce bien vraiment la science qui intervient? Ces réalités psychologiques que l'auteur analyse en émotions, sentiments, tendances, croyances, instincts, etc., qui, dit-il, se traduisant en intérêts et qu'il s'agit de se représenter en idées, semblent tout naturel-

1. Gény, *Science et Technique*, I, p. 110.

lement devoir être des données d'expérience et pouvoir être par conséquent objet de science. Mais on est surpris de voir qu'il n'en est rien. De ces réalités, en effet, l'auteur dit qu'elles « s'appliquent sans doute, le plus souvent du moins, aux choses sensibles », mais qu'elles « restent distinctes de celles-ci et planent dans une région supérieure », dans une région qu'il appelle « supra-sensible[1] ». Alors on ne comprend plus bien le rôle par lui dévolu à la science. L'élaboration dont il nous parle est en réalité l'œuvre d'un raisonnement abstrait tout philosophique et qui ne ressemble ni à l'observation ni même à l'induction scientifique. Voici en effet par quels procédés se poursuit cette élaboration après la « représentation en idées » dont nous avons parlé et qui est le point de départ de toute la progression : 1° « affirmation d'un rapport de prépondérance ou d'équivalence entre les intérêts issus des réalités psychologiques ci-dessus reconnues et précédemment traduites en idées[1] » ; 2° systématisation des notions et des règles juridiques « s'efforçant d'employer toutes ses ressources à dégager les formules qui étreignent le plus objectivement possible les idées et leurs rapports et à harmoniser ces formules en un ensemble cohérent, capable d'en faire un tout bien lié, suivant les exigences les plus profondes de notre nature[2] ;

1. Gény, *loc. cit.*, I, p. 110 et 111.
2. *Id.*, I, p. 112-113.

3° règne du concept isolé des intérêts qu'il représente, « s'organisant suivant sa nature propre et se combinant avec d'autres concepts de même sorte, pour former une pure construction juridique, bâtie toute en abstraction et par les seuls efforts de la pensée ». Cette progression transforme les éléments éthiques ou économiques qui sont à la base de la jurisprudence en éléments logiques.

Tout cela n'est-il pas bien scolastique? Les formules le sont sans doute plus encore que le fond de la pensée, qui s'éclaire un peu à propos d'un exemple emprunté au droit successoral, mais qui manifeste toujours le même compromis obscur entre un attachement voulu à des principes métaphysiques et un besoin non moins certain de réalisme. Ce sont les fameux éléments éthiques et économiques qui sont donnés comme point de départ de la construction logique dont il faudrait analyser la nature et la provenance. Il nous semble qu'ici l'auteur n'aperçoit pas bien le rôle de la jurisprudence, exactement de l'analyse de la comparaison et de l'interprétation des décisions jurisprudentielles comme base de toute théorie juridique objective et scientifique. Les colonnes du Dalloz et du Sirey, voilà le laboratoire où le juriste doit observer et expérimenter s'il veut asseoir solidement des lois ou des principes. S'il se donne ce point de départ, il pourra faire des inductions scientifiques, dégager des causes et énoncer des lois. Ce n'est pas là le renvoyer à l'éthique individuelle de tel ou tel juge. L'inspi-

ration de la jurisprudence est nettement collective et partant objective. De la comparaison des cas analogues on voit jaillir bientôt des tendances profondes qui plus ou moins inconsciemment dominent et produisent toutes les décisions d'espèces. Là est la base vivante et objective du droit et là doit être puisée la matière de toute élaboration juridique scientifique.

Et sans doute l'auteur toujours soucieux, comme nous l'avons indiqué, de réalisme, insiste-t-il lui-même sur les dangers de la construction et de l'abstraction pure, mais ce danger le mène moins à rechercher, dans l'expérience juridique, l'appui objectif d'une donnée réelle telle que celle que nous venons de définir, qu'à faire le procès de l'intellectualisme pur et à opposer à ses étroitesses et à ses insuffisances comme moyen d'appréhension totale du réel, la vertu de l'intuition entendue au sens bergsonien du mot. Mais c'est là un remède un peu trop purement philosophique et trop vague au danger signalé. Nous sommes en effet en pleine philosophie, et bien éloignés de la méthode d'observation jurisprudentielle et d'induction qui nous a paru plus haut s'imposer. Qu'on en juge par cette conclusion de l'auteur après sa longue analyse des procédés de connaissance impliqués par la *science* en droit privé positif : « Puisque ces procédés intellectuels et ceux du même ordre qui les complètent à titre de modes de connaissance, restent indispensables à nous ouvrir la vue des choses, n'aurons-nous

pas quelque moyen de rectifier leur tendance insidieuse tout en retenant le profit incontestable de leur emploi? Ce moyen doit consister en une opération complémentaire qui soit à la fois acte de sentiment, d'intelligence et de volonté, bref, œuvre de l'homme tout entier, se plaçant comme tel en face de la réalité vivante. Et on l'appellera, si l'on veut, l'*intuition*, opération difficilement intelligible quand on la présente comme le fait de s'installer dans la réalité pour la vivre, mais que l'on saisira plus aisément si l'on n'y voit autre chose qu'un effort constant pour reconstituer, en l'étreignant dans son entier, la réalité dont l'intellect pur ne peut que détacher des fragments, de façon à en faire un correctif incessant de la procédure strictement abstractive. Et cet effort compensateur devra rester d'autant plus énergique et plus intense que l'esprit, s'élevant au-dessus des faits, tend à en oublier la complexité vivante. En dépit de ce remède, d'une adaptation toujours difficile et d'un succès incertain, la conclusion pratique qui se dégage le plus nettement de notre examen est pour nous mettre en garde contre les insuffisances et les dangers des opérations purement intellectuelles. Le point extrême et pour ainsi dire vertigineux de cette procédure apparaît quand l'idée, complètement détachée de son objet, se trouve elle-même réalisée pour vivre d'une vie propre et sans aucun contact avec le réel vivant. A ce point l'abstraction ne peut plus jouer le rôle d'un instrument opérant à vide. Et

si à ce titre elle est encore susceptible de rendre quelques services à la technique, elle ne saurait contribuer utilement à la constitution de la science[1]. »

Tout le chapitre consacré à l'analyse des instruments de la pensée juridique : concept, définitions, divisions, classifications, raisonnements, constructions, analogies et hypothèses, ne fait d'ailleurs que confirmer l'impression qui se dégage de la conclusion que nous venons de citer : l'auteur se contente d'esquisser une sorte de théorie de la connaissance ou de logique juridique d'un caractère tout scolastique et abstrait. Ne définit-il pas en effet la vérité juridique comme étant « moins l'expression du donné de la vie sociale qu'un simple instrument technique dont l'usage doit être dirigé et réglé en vue du but à atteindre[2] »? Sans doute va-t-il, pour compenser cet artificialisme, invoquer une fois de plus l'intuition. Mais une fois de plus aussi s'abstient-il de nous dire avec précision comment s'exerce cette intuition juridique et sur quelles matières exactement elle porte. Car ce n'est pas vraiment apporter ces précisions pourtant si utiles que de dire : « Le vouloir dirigera constamment l'intellect pour en corriger les écarts tout en lui assurant le maximum de rendement utile. S'agit-il de pénétrer le donné en demandant aux réalités mêmes de la vie le secret de leur

1. Gény, *loc. cit.*, I, p. 132-133.
2. *Id.*, I, p. 161.

ordonnance et de leur règlement? Les procédés intellectuels qui ne valent ici, en dehors de leur rôle économique (économie de la pensée), que pour aider à la connaissance, devront être sensiblement bridés, en vue de maintenir le contact essentiel avec les réalités mêmes, intérêts moraux, économiques, sociaux, que les raffinements d'intellectualisme tendent trop aisément à déformer. Et la devise du jurisconsulte s'efforçant vers le juste objectif pourra être celle de tout chercheur scientifique : vers l'unité par les approximations successives [1] ».

Ainsi l'élaboration scientifique que l'auteur veut définir et fonder reste singulièrement peu scientifique. Les raisonnements et la technique peuvent se poursuivre selon des lois rigoureuses, avec la plus parfaite logique, — et l'auteur a raison sans doute de montrer que le droit utilise tous les procédés méthodologiques des sciences rigoureuses, — mais pour que la conclusion de ces raisonnements et les constructions de cette technique aient une valeur réelle, il faut que le principe d'où ils partent ait lui-même une valeur objective. L'eau du fleuve a beau couler régulièrement, c'est de la source que lui viennent ses qualités premières. Or chez Gény, la constance, l'objectivité du principe n'est point assurée. Intuition du juste, élan de croyance vers la solution la plus équitable, tout cela n'est guère assuré

1. Gény., *loc. cit.*, I, p. 163; cf., aussi I, p. 182, 184.

et guère scientifique. Il y a bien quelques fugitives allusions au rôle inspirateur que pourra jouer la connaissance du Droit comparé ou des cas de jurisprudence, mais sans que soit dégagé un principe ferme auquel on puisse espérer renvoyer le juge avec sécurité. Et quand on remonte à la source de toute l'élaboration dite scientifique du droit positif, c'est finalement le sentiment, présenté comme plus intimement adéquat au réel que la connaissance scientifique, qui reste l'arbitre suprême.

Or si dans cette étude des procédés de connaissance auxquels fait appel l'élaboration du droit, la connaissance scientifique est ainsi subordonnée en dernière analyse à la connaissance intuitive, à la croyance, c'est que le droit lui-même dans son principe, dans sa source première, est une réalité métaphysique et sentimentale qui échappe à la science. Ce n'est pas sans raison que la seconde partie de l'ouvrage, celle qui doit après la méthodologie de la premiers partie, exposer la doctrine, porte comme sous-titre : *l'irréductible droit naturel*. Le droit naturel, voilà en effet la source d'où tout découle et où l'intuition doit aller puiser. L'auteur commence par juger toutes les grandes théories du Droit en fonction de la place qu'elles font ou ne font pas à cet irréductible et indispensable droit naturel.

III

Mais ce n'est pas seulement dans cette critique des théories qu'il apparaît ainsi décidément comme métaphysicien et comme champion du droit naturel. C'est encore et surtout lorsque arrive le moment de conclure et de construire pour son propre compte, que transparaît à travers son langage réaliste son esprit véritable et que se découvre la voie qu'il prend pour arriver à concevoir le droit comme un idéal.

Que signifie en effet et que vaut finalement la façon dont à son tour il propose de concevoir ce qu'il appelle les *données du droit positif*, c'est-à-dire en somme à la fois des principes dont doit s'inspirer et les éléments que doit mettre en œuvre le Droit?

Ce *donné* fondamental qui est « à la base de tout système juridique » se présente suivant lui sous des formes différentes : 1° Les données *réelles* ou *strictement naturelles*. Ce sont les conditions de fait, physiques, morales ou économiques qui s'imposent au législateur : climat, sol, constitution physiologique et psychologique de l'homme, milieu économique où il vit, etc. De ces données-là l'auteur dit qu'elles « ne créent pas directement les règles juridiques, mais qu'elles en dessinent les contours[1] ». Il prend l'exemple de l'institution

1. Gény, *loc. cit.*, II, p. 371.

juridique du mariage et montre que la différence des sexes est une de ces « données réelles », et que sans fixer à elle seule toutes les règles du droit matrimonial, elle impose néanmoins dès l'abord à sa législation certaines conditions nécessaires comme la prohibition du mariage entre êtres de même sexe, comme aussi la différence à établir entre les preuves de la filiation maternelle et de la filiation paternelle, comme enfin — mais ceci est déjà beaucoup moins évident — une diversité de situation juridique entre l'homme et la femme. Ces données réelles correspondraient à ce que les jurisconsultes romains appelaient le *jus naturale... quod natura omnia animalia docuit* et dont ils donnaient pour exemple *maris atque feminæ conjunctio*, *quam nos matrimonium appellamus... liberorum procreatio*, *educatio*. Ce sont là circonstances de fait « qui ne contiennent pas en elles-mêmes la règle, mais lui servent de substratum nécessaire ». Elles imposent des lois qui résultent de la nature des choses, pour reprendre la si juste expression de Montesquieu, et elles ont l'avantage d'être susceptibles d'observation et d'expérimentation, et par conséquent de cette fameuse « élaboration scientifique » dont parle tant Gény. Voilà la part de la nature, voici maintenant celle de l'artifice; — 2° C'est le *donné historique* qui vient se greffer sur le donné réel. Ici l'auteur devient beaucoup moins clair. Il vise un « acquis de préceptes » résultant de la coutume, de la loi écrite, de l'interprétation jurispruden-

tielle et doctrinale et de la pratique proprement dite, et enfin du « travail mystérieux qui accompagne l'évolution même du monde » (?). Cet acquis est donné comme le « résultat de la durée, travaillant sur la nature » et comprenant à la fois des faits naturels du genre de ceux du donné précédent et des préceptes artificiels, mais que l'évolution historique vient incorporer à la nature.

La frontière reste évidemment indécise entre ces deux espèces de donné. Et on est surpris de voir l'auteur citer entre autres exemples de ce second donné, les présomptions légales sur les limites extrêmes des gestations utérines et la constatation officielle des naissances. Si en effet ce sont bien là des coutumes et qui se sont consolidées dans l'histoire, il semble bien qu'on en puisse dire autant de tous les exemples de ce qu'il appelle le « donné naturel ». Car à parler strictement, toute espèce d'institution, si imposée soit-elle par la nature, cesse dès qu'elle prend la forme d'institution et d'institution juridique, d'être de la pure nature. Les animaux, dans leurs ébauches de sociétés, ne connaissent pas de telles institutions ainsi réglementées : il y faut l'artifice des hommes. Toute espèce de droit représente une idée imprimée dans les faits et qui se surajoute à eux. Les faits, si nécessaires soient-ils, à l'occasion desquels il naît ne sont que des faits et pas encore du droit. Ils ne deviennent du droit qu'historiquement et parce que et après que élaborés par l'idéal humain. Le fait du « donné réel »

et la coutume du donné « historique » de notre auteur ne sauraient donc être mis comme il le fait sur le même plan. L'un est une matière, l'autre une forme. La matière seule est juridiquement inerte et ne produit nécessairement aucun linéament de réglementation.

Si en effet nous analysons de près les exemples donnés par l'auteur de sa première espèce de donné, nous voyons combien ils sont arbitraires. Pourquoi est-ce la nature qui impose la différence de situation juridique entre l'homme et la femme dans le mariage, et la coutume le compte des délais extrêmes de gestation? Et puisque l'auteur emprunte des exemples au droit du mariage et qu'il connaît sans doute les sociologues dont il parle si souvent, comment oublie-t-il que leurs études ont établi précisément à propos de l'origine des réglementations matrimoniales que rien n'y était vraiment imposé par la nature, ni la prohibition de l'inceste, ni la loi fondamentale d'exogamie, ni même cette promiscuité sexuelle primitive et ce communisme matrimonial irréglementé que plusieurs ont voulu voir à l'origine du mariage, tant cet état leur semblait conforme à la pente naturelle des instincts humains primitifs comme des instincts animaux. Tous les traits au contraire de l'institution matrimoniale comme de la morale sexuelle primitive, semblent un défi jeté à la nature par la force plus grande des représentations. Aucun exemple mieux que celui-là ne fait apparaître le caractère idéal, artificiel de

toute institution juridique comme de tout précepte moral. Ce ne sont pas des nécessités physiologiques qui ont été ici les forces agissantes pour séparer les sexes et ne les mêler qu'avec mille précautions et restrictions, ce sont des croyances — superstitieuses ou erronées, peu importe — mais des croyances relatives au sang, au contact de ce qui est impur et au danger en même temps qu'aux avantages exceptionnels qui en peuvent résulter, car si l'acte sexuel viole la pudeur, il produit en même temps entre les êtres qu'il rapproche le lien le plus étroit qui soit, et, à ce titre, il a une vertu associative et morale intense.

On voit donc en quel sens et pour quelles raisons nous refusons d'admettre que le droit soit préformé dans la nature en même temps que dans la coutume. C'est pour la même raison que nous souscrivons à cette déclaration de l'auteur que des institutions juridiques capitales dontle fondement rationnel reste sujet aux plus vives discussions, trouvent leur plus solide point d'appui dans l'évolution historique d'où elles sont sorties [1]. C'est qu'en effet l'explication réside ici essentiellement dans l'origine et l'histoire des idées, et la justification dans l'examen des causes qui ont produit cette origine et cette histoire, et du rapport entre ces causes et leurs effets.

Arrivons à la troisième et à la quatrième forme du *donné juridique* suivant Gény. Si nous essayons

1. Gény, *loc. cit.*, II, p. 379.

de les distinguer avec précision, des difficultés analogues aux précédentes vont surgir. Voici comment est défini le troisième donné : « *donné rationnel* qui contiendra la direction capitale pour assurer autant qu'elle est possible, l'élaboration scientifique du droit objectif. En réalité, ce *donné rationnel* représente le fond essentiel du droit naturel classique, *nettement dégagé de tout alliage*; sinon le *jus naturale* des Romains, du moins celui qu'ont élaboré les philosophes modernes en prenant le plus pur de leurs conclusions. Il est en effet des règles de conduite (notamment dans l'ordre juridique) que la raison *dégage de la nature de l'homme et de son contact avec le monde*. En tant qu'elles sont *véritablement imposées à l'esprit* et qu'elles correspondent pour lui aux *exigences les plus évidentes des choses* — avec les *signes qui distinguent les préceptes du droit*, — elles présentent un caractère de nécessité en même temps que d'universalité et d'immutabilité qui les met à part et leur assigne une place éminente parmi les règles juridiques. Et bien que la nécessité qui les domine ne soit *pas physique*, *comme celle issue du donné réel*, mais purement morale, elles *méritent absolument*, *en raison de leur objet*, *de composer le droit purement naturel* avec les qualités spécifiques qui lui sont reconnues (universalité et immutalité de principe)[1] ».

Ce *donné rationnel* si longuement et si vague-

1. Gény, *loc. cit.*, II, p. 380-381.

ment défini n'est pas autre chose que le droit naturel traditionnel : l'auteur le déclare lui-même. Mais si le nouveau nom qu'il lui donne n'a pour but, de son propre aveu, que d'éviter les équivoques suscitées par la dénomination traditionnelle, nous craignons bien que la définition de ce nouveau nom ne multiplie au lieu d'éviter, ou tout au moins n'entretienne toutes les équivoques traditionnelles. Nous avons à dessein souligné, dans la citation, les passages les plus inquiétants à ce sujet, et si l'on se reporte à ces passages, on verra que, sans aucun préjugé *a priori* contre le droit naturel, on a bien le droit cependant de regretter leur singulière imprécision. Au nom de quel principe distinguera-t-on dans ce droit naturel le « fonds essentiel » de l' « alliage » ? Quelles seront très précisément et séparées d'avec les autres les règles juridiques que la raison dégagera de la « nature de l'homme » et de son « contact avec le monde » ? Et ne voit-on pas combien cette dernière notion de contact avec le monde élargit le champ de ce droit naturel que la raison dégage ? Quelle est en effet la règle de droit qui sera en dehors d'un champ aussi élargi ? Quant aux critères dont usera ainsi la raison pour dégager le droit naturel ou plutôt le *donné rationnel*, ils sont triples ; ils consistent en ce que les traits dégagés : 1° s'imposent véritablement ; 2° sont conformes aux exigences les plus évidentes ; 3° portent les signes distinctifs des préceptes du droit.

Mais comment voir là autre chose que des expli-

cations verbales et où trouver dans tout cela un moyen objectif, scientifique, pour reprendre des qualifications chères à l'auteur, de discrimination entre le droit naturel et celui qui ne l'est pas? Avec la meilleure volonté du monde on reste perplexe. Et ce n'est pas malheureusement le renvoi à la *Moralphilosophie* ou au *Recht, Naturrecht und positives Recht* du P. Cathrein qui peut nous éclairer en quoi que ce soit. Gény d'ailleurs, après avoir résumé fidèlement et loué dans de longs chapitres précédents cet auteur paraît-il méconnu et capital, lui a, en dernières lignes, fait des critiques si graves et si justes à notre sens que l'autorité de la référence s'en trouve, de son propre fait, singulièrement diminuée.

Mais il y plus : une nouvelle difficulté surgit lorsque nous voyons qu'à côté du droit naturel rebaptisé et mal fortifié, l'auteur admet l'existence d'une quatrième forme de donné distinct du précédent : le *donné idéal*. Celui-ci comprend non plus seulement, comme le précédent, « les préceptes que la raison nous montre impérieusement postulés par la nature de l'homme », mais les « *desiderata* plus raffinés et plus contestables suggérés par des aspirations moins nettes ». Ainsi plus ou moins de raffinement, plus ou moins de netteté vont nous faire passer du droit naturel au droit idéal! Mais à quel degré ferons-nous le saut décisif? Si nous voulons du mariage qu'il soit une union stable et durable, nous serons, suivant l'auteur, dans le droit naturel, mais si nous le

voulons indissoluble et monogamique, alors nous voilà dans le droit idéal. La première exigence était « dans le champ d'application strict de la raison », la seconde au contraire nous transporte dans la sphère de l'idéal et ne « peut ressortir que d'un degré supérieur de considération[1] ». En vérité, il est impossible de voir là une explication.

L'auteur aussi bien reconnaît lui-même la difficulté d'une délimitation précise et le fond de sa pensée est évidemment de distinguer entre un rôle de la raison et un rôle du sentiment dans l'élaboration du Droit. A la raison il rapporte le droit naturel ou donné rationnel, au sentiment le droit idéal. Mais comme ce qui vient ici de la raison prend la forme de règles, de normes, à tel point que l'auteur déclare expressément que le *donné rationnel* doit l'emporter sur le donné historique, il s'ensuit que ce donné rationnel est bel et bien lui-même déjà un idéal. L'on ne voit plus dès lors comment il peut différer si radicalement du droit idéal, ou bien il faudrait que l'auteur nous montrât qu'il y a deux espèces d'idéals, l'un issu de la raison et l'autre du sentiment et en quoi ils se distinguent. Le droit idéal reflète « de simples tendances vers une organisation désirable des rapports de droit ». Mais pourquoi la raison analysant l'expérience ne serait-elle pas capable d'exprimer elle aussi de pareilles tendances? Et pourquoi le sentiment seul et non la raison aurait-il juridic-

1. Gény, *loc. cit.*, II, p. 382.

tion sur cet « ensemble de considérations d'ordre physique, psychologique, moral, religieux, économique, politique qui, sans déterminer de façon nécessaire de nouveaux préceptes de conduite sociale, en projettent, en quelque façon l'inclinaison, ou du moins suggèrent la direction à suivre[1] » (p. 384) et représentent suivant notre auteur le *donné idéal*.

Synthèse de bien des éléments que ce *donné idéal* et l'on ne voit pas bien le sentiment faisant l'unité de tout cela. Et puis et surtout ce droit idéal « quelque peu subjectif », nous est-il dit, et qui n'est ni universel ni immuable, ce droit *desideratum* sentimental va-t-il s'imposer au droit élaboré par la raison, au « donné rationnel »? L'auteur ne semble pas admettre qu'ils puissent se heurter. Il nous dit seulement que ce *donné idéal* représente une intuition, une « expérience intégrale » *qui supplée l'intelligence défaillante* « C'est, dit-il, qu'il ne provient pas d'une prise de connaissance rationnelle, mais plutôt de ces forces mal précisées qui, sous le nom de croyance ou de sentiment déterminent, d'une façon mystérieuse, mais certaine, des convictions ou des mouvements de volonté, lesquels, se retrouvant en autrui, présentent par là même une objectivité suffisante[2]. » Il y a dans cette dernière remarque de l'objectivité qu'acquièrent les croyances ou opinions quand elles

1. Gény, *loc. cit.*, II, p. 384.
2. *Id.*, II, p. 387.

deviennent communes à plusieurs, une indication qui pourrait être féconde et amener à identifier collectif et objectif. Mais l'auteur ne s'explique ni ne s'étend sur ce point, sinon pour exclure l'opinion publique comme puissance génératrice d'idéal. N'apercevant donc pas comment son « donné idéal » pourrait devenir une réalité objective et scientifique, c'est-à-dire mériter vraiment ce nom même de *donné* qu'il lui confère, il hésite visiblement sur le rôle à lui attribuer et après un exemple surprenant emprunté à l'élargissement contemporain de la notion de responsabilité à propos duquel on ne voit pas en quoi la raison défaillante a pu avoir besoin d'être suppléée, il se retourne décidément du côté de la raison et conclut que le donné idéal n'a qu'un rôle subsidiaire, un rôle d'appoint, et que le droit « reste essentiellement œuvre rationnelle[1] ».

Mais l'on ne voit guère ce que cette conclusion ajoute de précision à la traditionnelle doctrine du droit naturel. Voici en effet ce que déclare finalement l'auteur : « Il faut rechercher ce que la raison nous montre conforme à la nature de l'homme être social, raisonnable et libre suivant l'origine et la destinée que nous lui assignons. Dans la mesure où cette investigation nous révélera des règles de conduite extérieure, ayant tendance à la contrainte sociale, nous pourrons y reconnaître le juste objectif dont le principe

1. Gény, *loc. cit.*, II, p. 392.

essentiel semble se représenter à l'esprit en l'idée d'un ordre, d'un équilibre établi suivant une pensée d'harmonie, moral, dans sa substance, externe dans ses manifestations, fondé sur les conditions effectives de la vie de l'homme en société[1]. »

Nous voilà en vérité aussi loin des faits qu'avec les théoriciens les plus aprioristes. Et M. Gény pourtant a à côté de ses tendances métaphysiques, un sens et un besoin très réel des faits. Des hauteurs de son droit naturel il va donc trouver un moyen pour les rejoindre. Il nous avait déjà parlé plus haut de justifications absolues. Il a recours ici à un compromis du même genre. Il nous propose donc de concevoir plusieurs plans ou étages de droit objectif « se dégradant successivement de la raison pure jusqu'aux faits et dont chacun abandonne en force convaincante (entendez en évidence rationnelle) ce qu'il gagne d'autre part en précision concrète[2]. » L'auteur part ainsi d'un principe sommaire qui représente pour lui le « juste objectif en soi » et il rencontre comme succession de sous-principes : la valeur de la personne humaine d'où résultent la liberté et l'égalité; la limitation de la liberté au nom de l'ordre public; la protection des faibles et le principe de solidarité qui impose des égards aux plus forts; la prohibition de toutes les formes d'escla-

1. Gény, *loc. cit.*, II, p. 394.
2. *Id.*, II, p. 390.

vage; la consécration du droit à la vie et des diverses libertés ; la consécration de la propriété, du lien contractuel, de la responsabilité, du droit de tester, etc. Au fur et à mesure qu'on se rapproche de la pratique, la notion suprême de justice arrive presque à « se dissoudre dans une masse de considérations contingentes tellement qu'elle ne peut se réaliser jusqu'au bout, sinon par le moyen de constructions artificielles qui nous font entrer dans le domaine de la technique[1]. » Mais de si près qu'on étreigne la pratique, et quelque soit le cas parculier envisagé, on peut toujours retrouver à la base de la réglementation ce que l'auteur appelle « une sorte de tréfonds indépendant de tout artifice et se prêtant à l'élaboration scientifique, tranchons le mot, un noyau essentiel de droit naturel qui, si réduit qu'il soit, soutient nécessairement à lui seul tout l'édifice de la construction juridique[2]. »

Tel est donc en définitive le rôle de ce que l'auteur a appelé l'irréductible droit naturel : fournir la base de toute législation positive. C'est la science, armée de la raison et de l'intuition, qui découvre cette base en analysant ces données réelles que sont la nature de l'homme et son rapport avec son milieu. Mais il reste à construire sur cette base tout l'édifice juridique avec tous ses détails les plus concrets. Ce sera le rôle de la techni-

1. Gény, *loc. cit.*, II, p. 393.
2. *Id.*, II, p. 409.

que. La science fonde, la technique, construit.

Malheureusement nous retrouvons en concluant et plus pressante que jamais après toutes les incertitudes que nous avons rencontrées, l'observation que nous avions faite au début de notre critique. Cette antithèse si frappante entre la science qui fonde et la technique qui construit ne résiste pas à l'examen : elle ne se soutient qu'en équivoquant sur les mots de *science* et de *donné*. Il ne faut pas nous y tromper. Ce qui fonde chez Gény ce n'est pas la science, c'est la métaphysique, c'est la métaphysique de « l'irréductible droit naturel ». Nous ne sommes plus en présence d'une conception proprement réaliste : elle a disparu chemin faisant devant la tyrannie grandissante de la métaphysique. Celle-ci n'a pas, comme on le lui demandait, orienté le réalisme vers l'idéalisme. Elle l'a étouffé. Et ainsi la preuve que nous voulions faire est faite : quand le réalisme cherche sa voie vers l'idéalisme en dehors de la socialogie, il se détruit et se nie. Celui qui suit cette voie a, lorsqu'il touche à l'idéal, depuis longtemps perdu de vue le réel, et alors il croit et l'on croit avec lui à l'antinomie entre l'idéal et le réel, on oppose le noble idéalisme au vil réalisme et l'on pense tout naturellement qu'il n'y a de réalisme possible que celui qui nie l'idéal pour n'affirmer et n'adorer que l'intérêt égoïste ou la force brutale.

CHAPITRE III

Le Droit objectif de l'institution et la déduction du droit subjectif

I. Le fondement réaliste de la personnalité juridique. — II. Le passage au droit subjectif : sociologie ou métaphysique. — III. Comparaison avec l'idéalisme de M. Em. Lévy.

Si le réalisme se trouve presque annihilé par l'intervention de la métaphysique dans une doctrine comme celle de Gény, il n'en est pas de même dans la doctrine plus profonde et plus consistante, à notre avis, de M. Hauriou. La théorie de l'institution a, chez ce dernier, une toute autre portée objective que la libre recherche scientifique de la nature positive des choses proposée par Gény. Mais il n'en est pas moins vrai que chez Hauriou non plus les conclusions idéalistes ne paraissent pas sortir naturellement et nécessairement des prémisses réalistes, mais semblent trop souvent chez lui encore le fait artificiel d'une métaphysique superposée et qui intervient un peu trop comme un *deus ex machina*. La critique du système de Hauriou pourrait donc nous offrir une nouvelle vérification de ce que nous avons avancé. Bornons-nous à

esquisser cette vérification à propos d'une question capitale et qui est au cœur même de toute théorie de droit, celle de la personnalité juridique.

I

A qui ou à quoi et pour quelles raisons accordera-t-on la qualification de personne juridique, qui par conséquent est sujet et source de droit, voilà une question dont la solution préjuge une théorie sur la nature et le fondement du droit, et qui par là même pourra nous servir de critère pour juger une doctrine et en particulier pour doser son réalisme et son idéalisme. Et de fait c'est bien autour de cette question de la personnalité juridique que sont venues se concentrer les discussions principales des théoriciens contemporains du droit. Nous avons vu plus haut Duguit se heurter à cette question et ne lui donner qu'une solution toute pratique et peu cohérente puisqu'elle était différente pour l'association-État et pour les associations ordinaires. Saleilles, dans un livre célèbre et dont nous avons analysé l'esprit plus haut[1], s'est attaqué à la même question sans aboutir davantage à une solution théorique satisfaisante. Duguit prétendait fonder la personnalité juridique sur le simple fait de la solidarité sociale et de la conformité aux nécessités qu'elle

1. Cf. plus haut : 1re partie.

implique : il ignorait la volonté collective de la personne morale et avant tout celle de l'État. Saleilles insistait bien sur les notions d'intérêt collectif et de volonté collective, mais sans leur attribuer de réalité véritable, puisqu'il les identifiait finalement avec la somme des intérêts et des volontés des individus faisant masse, et que, par un retour d'individualisme bien curieux chez quelqu'un qui a si souvent affirmé la priorité logique et chronologique du droit social, il refusait finalement de reconnaître le droit ailleurs que dans un sujet individuel ou dans une réunion de sujets individuels agglomérés. Chez le premier donc la peur et chez le second l'attrait de la métaphysique aboutissent au même résultat: le premier en effet voyait dans la réalité collective affirmée par sociologie et qui aurait si bien étayé sa théorie, une entité scolastique, et le second au contraire allait chercher derrière les indivisions et associations, des sujets individuels comme seuls réels. Ainsi ni l'un ni l'autre ne réussissaient à fonder, sinon artificiellement, le droit des personnes morales. Duguit restait le prisonnier de son réalisme, Saleilles devenait la victime de son idéalisme.

Quel fondement le réaliste Hauriou va-t-il à son tour savoir donner à la personnalité juridique? Rien ne renseigne mieux sur la nature très particulière et féconde de son réalisme que de suivre la critique qu'il a lui-même faite des conceptions également réalistes proposées sur le même sujet par Michoud. En tant que réaliste, Michoud, ainsi

que le remarque très justement Hauriou, a voulu à tout prix échapper à la théorie traditionnelle de la fiction qui fait de la personne juridique une pure et simple création de l'État et qui par conséquent la livre à l'arbitraire du pouvoir. Pour y arriver, il s'est efforcé d'établir que les personnes morales ne sont pas une fiction à la merci du législateur, mais une réalité. Toutefois cette réalité, n'est encore réalité qu'au sens strictement juridique et non au sens métaphysique ou surtout psychologique ou sociologique. Il n'y a donc que demi-progrès. « Ce système, dit très bien Hauriou, laisse subsister une différence profonde entre la personnalité des groupements sociaux et celle des individus. Chez les individus il y a une personnalité psychologique toute formée et spontanée à laquelle le droit surajoute une personnalité juridique. Dans les groupements sociaux il n'y a pas de personnalité psychologique spontanée, il n'y a que des éléments de personnalité. Si le droit ne venait pas fournir un moyen de synthèse, la personnalité ne se construirait pas. Cela signifie que la loi conserve encore un rôle dans la production de la personne morale. Mais la différence avec la doctrine de la fiction est que ce rôle de la loi n'est plus arbitraire. Il est obligé dès qu'existent les éléments déterminants de la réalité collective du groupe [1]. »

1. Cf. Hauriou, Notice sur les œuvres de L. Michoud, *Rev. de Dr. pub.*, 1918, p. 483 et suiv.

Quels sont ces éléments déterminants? Toute la question est là. Suivant Michoud ils se réduisent à un seul : l'intérêt collectif. Et c'est là, dit Hauriou, rétablir l'intérêt dans son rôle juridique, ce qui était urgent, mais c'est aussi sacrifier le rôle de la volonté, ce qui est fâcheux. Que va devenir en effet la personne État avec sa volonté souveraine? Va-t-on pour être logique aller jusqu'à nier, comme faisait Duguit, sa personnalité et sa souveraineté? Ou va-t-on, comme fait en effet Michoud, la mettre en dehors de la théorie des personnes morales? La première conséquence ne peut vraiment se soutenir. Pour appuyer la seconde essaiera-t-on d'alléguer que la volonté de l'État, la volonté nationale n'est pas directe, mais seulement émise par des représentants? Faible réponse, car il est dans la logique de la souveraineté nationale d'identifier de plus en plus les représentants à la nation. N'est-ce pas ce que signifie la théorie de la délégation? Or la souveraineté de l'État interprétée en une volonté collective ne se borne pas à protéger les intérêts nationaux : elle les domine. Voilà donc déjà une première raison empruntée au droit public qui montre le vice de la théorie qui sacrifie la volonté comme élément de la personnalité juridique. On en pourrait fournir d'autres empruntées au droit privé.

Ces critiques nous font bien sentir qu'aux yeux du réaliste Hauriou, la valeur matérielle de l'intérêt ne fait pas tout le droit de la personne juridique, il y faut encore la valeur idéale de la volonté. Mais

comment en partant des prémisses réalistes y restaurer sans artifices ni contradictions cette valeur idéale? Sera-ce franchement à la volonté collective saisie comme une vraie réalité, comme la vraie réalité de la personne morale ou au contraire seulement à une volonté individuelle plus ou moins interindividualisée qui gère, domine, ou apprécie les intérêts, que Hauriou saura faire appel? Et cette volonté — collective ou individuelle — quel rôle exact lui assignera-t-on? En viendra-t-on tout simplement à en faire le sujet proprement dit du droit?

Réaliste par sa méthode, idéaliste par ses tendances les plus profondes, libéral enfin et défiant de la tyrannie de cet État dont il construit la souveraineté, Hauriou n'arrive pas sans peine à concilier toutes les exigences qu'il s'impose à lui-même et ce n'est pas sans tâtonnements, sans variations d'ailleurs très concieusement avouées qu'il est parvenu sur la question à l'état actuel et, de son aveu même, pas définitif de sa pensée. Dans une longue note de la neuvième et dernière édition de son *Précis de droit administratif*[1], il a pris soin de nous expliquer lui-même la genèse de son système. Le point de départ s'en trouve dans la théorie très remarquable et très originale de l'*institution* et de la priorité du droit réel. L'idée générale qui s'appliquera au cas particulier et privilégié

1. Cf. Hauriou, *Précis de Droit administr. et de Dr. Pub.*, 9e éd., 1919, p. 124, note.

de la personnalité en est qu'il faut aller des institutions objectives qui s'organisent et s'équilibrent spontanément dans la réalité, aux droits subjectifs qui se trouvent s'y attacher et y présider, et non pas suivre la marche inverse et pourtant traditionnelle qui déduit l'organisation objective de l'institution du droit subjectif posé d'abord. Tel est le point de vue que l'on trouve affirmé dans la première édition des *Principes de droit public*, en 1910[1].

Le droit va donc de l'objectif au subjectif. « Je posais en principe, déclare l'auteur dans la note citée plus haut, que toute institution sociale organisée et formant corps était candidate à la personnalité morale, mais qu'elle constituait d'abord une individualité objective à laquelle il fallait rattacher tous les éléments réels de la personnalité, spécialement les organes et principalement la puissance de volonté, puisque cette même individualité objective se transposait en sujet moral par une sorte de parallélisme... Sous cette première forme, la théorie était dans la bonne voie en ce qu'elle posait le principe de la séparation du sujet et de la puissance de volonté. Mais elle était incomplète en ce qu'elle ne réservait aucun *substratum* réel au sujet moral : faire passer tous les éléments réels du côté de l'individualité objective, c'était réduire le sujet moral à une pure entité juridique,

1. Sur l'analyse critique de ce point de vue et de ses conséquences, cf. plus haut, 1re partie.

et d'une certaine façon revenir à la fiction. » Ce premier point de vue ne dépassait guère celui de Duguit, le point de vue du droit objectif sans sujet. Seule la dernière démarche, celle qui finalement intégrait les éléments de droit objectif dans le concept subjectif d'un individu ou d'un État doué de personnalité poussait son auteur franchement hors du cercle où Duguit avait voulu s'enfermer, et aussi hors de la sphère des intérêts où se mouvait Michoud.

II

C'est cette seconde démarche que, dans le second stade de sa pensée Hauriou va reprendre pour lui donner de l'importance. Il s'agit donc de déterminer la substance réelle du sujet moral pour rendre à celui-ci, mais du point de vue réaliste, sa fonction propre de sujet de droit. Nous touchons ici à ce qu'il y a de plus original et en même temps de plus complexe dans la théorie d'Hauriou et nous allons le voir tenter de résoudre une des grosses difficultés du réalisme : la synthèse du fait et de l'idée, de l'objectif et du subjectif. Michoud a bien montré que ce qu'il y a de spécifiquement réel dans la personnalité morale c'est le centre d'intérêts à propos de quoi elle se constitue. Reprenant cette vue, Hauriou définit la personnalité morale une entreprise, une œuvre sociale. Mais, remarque-t-il, l'œuvre sociale n'existe pas en dehors de sa représentation en des

esprits individuels, plus ou moins organisés en un groupe, et un groupe social n'existe pas s'il n'y a pas en lui une idée quelconque qui soit commune à ses membres[1]. De ce principe posé va jaillir la synthèse cherchée de la personnalité objective et de la personnalité subjective. Puisque toute réalité sociale se ramène à une idée agissant à la fois en plusieurs cerveaux on pourra définir l'entreprise collective qu'est la personnalité morale en disant qu'elle est à la fois l'idée de l'œuvre et le groupe des intéressés, qu'elle est l'idée en tant que possédant les esprits des membres du groupe et qu'elle est le groupe en tant que pénétré de l'idée. Et nous voilà évadés de la prison où nous enfermait le réalisme d'Ihering, de Michoud et de Duguit. Les intéressés *pensant* l'intérêt engagé dans l'entreprise collective, tel est finalement le sujet cherché. Nous sommes en présence d'un point de vue intermédiaire entre le point de vue réaliste de l'intérêt et le point de vue subjectif de la volonté psychologique pure.

Mais ce n'est pas tout : le rapport le plus délicat n'est pas encore défini. Nous avons vu plus haut Hauriou reprocher à Michoud d'avoir totalement négligé la volonté au profit de l'intérêt. Il faut donc qu'à son tour il précise le rôle qu'il assigne à la volonté, car la volonté n'a pas paru dans la synthèse précédente. Voici par où elle va apparaître. N'oublions pas qu'il ne suffit pas à l'en-

1. Hauriou, *Précis de Dr. administr.*, p. 129.

treprise pour exister d'être représentée, comme nous venons de le dire, dans l'esprit des intéressés. Il faut encore quelle soit réalisée avec ses risques acceptés et surmontés : pour cela il faut qu'un pouvoir de réalisation se mette à son service. Ce pouvoir, ce sera une volonté. Cette volonté, avec sa compétence et son autorité, est si indispensable qu'il est d'abord fatal qu'elle prenne la première place. devienne un pouvoir de domination, confisque pour ainsi dire la conscience des associés intéressés à l'entreprise et paraisse jouer à sa place le rôle de sujet des droits dont se trouve investie la personnalité juridique. Cette usurpation est même si naturelle que c'est elle qui, d'après Hauriou, a induit la théorie en erreur et l'a faite se méprendre sur le vrai sujet de droit.

Mais derrière les fausses apparences sachons découvrir la vraie réalité juridique. L'auteur, qui est un spécialiste du droit constitutionnel, nous la fait entrevoir à propos d'un exemple de droit public, à propos de la souveraineté de l'État : « Celui, écrit-il, qui est capable et qui assume le rôle de chef, fait payer cher à l'entreprise elle-même le service qu'il lui rend. Le plus souvent il l'exploite à son profit, et quelquefois la confisque entièrement. C'est alors que les rois deviennent absolus, et qu'un Louis XIV formule la maxime de l'absolutisme : « L'État c'est moi ». Cette hypertrophie du pouvoir de domination, en même temps qu'elle empêchait la liberté politique de se

réaliser, a masqué la véritable structure des personnes morales. La doctrine allemande qui a été régnante pendant longtemps et qui était tout imprégnée d'absolutisme, plaçait le sujet dans le pouvoir de domination. Et il n'y a pas plus d'une vingtaine d'années que la doctrine française a commencé à réagir. L'évolution historique dépouille peu à peu le pouvoir de domination de son absolutisme, les Révolutions y travaillent aussi et il ne faut pas oublier que c'est la révolution française qui a placé l'entreprise nationale au-dessus de son pouvoir de réalisation et qui a posé le principe que le gouvernement devait être au service de la nation. Ce sont ces conquêtes politiques qui peu à peu se traduisent en de nouvelles constructions juridiques [1]. »

Tel est le rôle anormal de la volonté, son rôle usurpé ; voici maintenant quel doit être, d'après Hauriou, son rôle normal et ses rapports avec le sujet de droit proprement dit, c'est-à-dire avec le groupe d'individus intéressés à l'entreprise collective. Le pouvoir de volonté avec tous les organes de gouvernement, de décision ou d'exécution qui l'exercent, loin d'absorber le sujet vrai en dominant au lieu de gérer et de réaliser, doit normalement être peu à peu absorbé par lui. C'est ce que Hauriou appelle le phénomène d' « incorporation et d'appropriation des organes ». Ici la pensée de l'auteur devient singulièrement subtile et com-

1. Hauriou, *loc. cit.*, p. 131.

plexe. Ce phénomène d'appropriation, déclare-t-il, est « ce qui fonde définitivement le sujet moral dans l'entreprise collective[1] ». Et voici comment : il développe chez le sujet qui en est l'auteur le sens propre et la liberté. D'abord le sens propre. Être, en effet, c'est avoir, suivant le mot de Tarde. C'est donc quand il s'est approprié ses organes de direction que le groupe des intéressés prend vraiment conscience de lui-même. De même en ce qui concerne la nation, c'est quand elle s'est approprié son gouvernement qu'elle prend conscience de son être. « Ainsi, conclut notre auteur, les relations entre le sujet moral et les organes sont réciproques, les organes exercent un pouvoir de domination sur le sujet; celui-ci réplique par une appropriation des organes et ce phénomène d'appropriation interne est à la base de son sens propre[2]. » Et pour justifier ce rôle si important de l'appropriation dans la constitution du droit subjectif de la personne morale, il allègue une raison dont le moins qu'on puisse dire est qu'elle est bien indirecte et bien métaphorique. « Il est, dit-il, dans la logique des choses que la personnalité morale soit assise sur un fait intérieur d'appropriation parce que, dans sa vie extérieure, elle est essentiellement un instrument d'appropriation. Elle se traduit juridiquement par la capacité d'acquérir. Elle est le sujet du droit de propriété, il

1. Hauriou, p. 133.
2. *Id.*, p. 125, note.

n'y a rien d'étonnant à ce qu'elle ne soit elle-même qu'une forme de propriété intérieure qui, par cristallisation, s'annexe des propriétés extérieures [1]. » En second lieu le phénomène d'appropriation fonde la liberté du sujet qui s'est constitué comme nous venons de le voir. Et cela se comprend beaucoup plus facilement. En effet le pouvoir de domination des organes directeurs se trouve désormais contre-balancé par le fait que les organes directeurs sont eux-mêmes appropriés par le groupe des intéressés. En droit public cela signifie que la liberté croît dans une nation quand on passe du régime de la souveraineté absolue à celui de la souveraineté nationale. Personne ne le niera.

Ainsi, de données réelles et de processus réels un sujet de droit proprement dit et un droit subjectif sont peu à peu sortis. Nous ne sommes pas allés d'une notion subjective de personnalité posée d'avance aux faits juridiques objectifs qui seraient censés en découler. Nous avons passé au contraire de l'objectif au subjectif, des faits juridiques et sociaux qui s'organisent spontanément et objectivement en institutions à la notion subjective de personnalité. Nous avons assisté à la genèse de ce phénomène très bien nommé de *personnification*, depuis ses origines objectives jusqu'à sa dernière conséquence subjective : l'éclosion de la personne morale sujet du droit. Dans la seconde édition de

1. Hauriou, *loc. cit.*, p. 136.

ses *Principes de Droit Public*, l'auteur a pris soin de préciser lui-même le sens de sa théorie : « Dès qu'on est entré dans la voie de l'organisation sociale, écrit-il [1], on est dans celle de la personnification. Les deux directions sont indissolublement liées : toute organisation sociale est candidate à la personnalité morale, parce qu'elle constitue un *être social* distinct, dans une certaine mesure, des individus qu'elle enferme, et que tout être tend vers son état de perfection.

Le lien indissoluble qu'il y a entre ces trois idées, celle de l'organisation sociale, celle de la personnification des institutions sociales, celle de l'existence réelle des institutions sociales comme êtres sociaux, va nous donner la clef de toutes les controverses qui se sont engagées sur la question de la personnification. C'est une querelle qui, comme beaucoup d'autres, se rattache à celle des universaux. Il faut être réaliste ou nominaliste et il faut être l'un ou l'autre avec logique, de bout en bout. Si l'on est réaliste, si on admet que les idées de genre, d'espèce, de collectivité répondent à une réalité, alors on reconnaît que les organisations sociales ont une existence réelle séparable en partie de celle des individus et l'on est porté à voir évoluer les êtres sociaux jusqu'à la personnalité morale ; bien entendu on ne sera point partisan de la théorie de la fiction, on ne verra pas dans la

1. Cf. Hauriou, *Principes de Droit Public*, 2e édit., 1916, p. 54.

personnalité juridique une pure création de la loi, on y verra au contraire la figure juridique d'une réalité. — Si l'on est nominaliste, si l'on admet que les idées de genre, d'espèce, de collectivité ne sont pas autre chose que des *flatus vocis*, des vocables commodes qui ne répondent à aucune réalité sociale, alors non seulement on sera porté à ne voir dans la personnalité juridique des groupements sociaux qu'une fiction, ou mieux à repousser même cette fiction mais encore on sera conduit à nier la valeur réelle de l'organisme social et à rêver d'un monde social inorganique et anarchique. »

Voilà un texte extrêmement net et qui devrait obliger son auteur tout le premier à se conformer strictement aux exigences logiques qu'il formule. En est-il ainsi? — M. Hauriou commence par critiquer le point de vue nominaliste. Il en fait remonter l'origine à Savigny, auteur du dogme bientôt devenu si fort qui réserve la personnalité juridique aux seuls individus humains et ne voit dans les personnes morales qu'une création artificielle de la loi. Mais c'est surtout cette doctrine de Duguit que nous avons critiquée plus haut et qui offre le type achevé du nominalisme, en face de laquelle sont revendiqués les droits de l'idéalisme et du principe d'autorité. C'est à toutes les théories de ce genre qu'Hauriou oppose son propre réalisme qui, pas plus à l'individu qu'à l'association, à la corporation ou à l'État, n'accorde la personnalité, si ce droit subjectif qu'elle va conférer ne trouve

un substrat réel, un *corpus* existant et objectivement organisé à quoi il puisse s'attacher.

Et cependant Hauriou à son tour verse, pourrait-on dire, dans une sorte de nominalisme pour la même raison, nous semble-t-il, qu'il verse aussi et à un autre point de vue dans une métaphysique substantialiste renouvelée de saint Thomas. Avec un soin, une science et une logique qu'on ne saurait trop louer, il a édifié la première partie de sa théorie de la personnalité, la partie objective, ce qu'il appelle l'*individualité objective*, ou phase prépersonnelle de l'organisation. Il a voulu ensuite, nous l'avons vu, passer de l'objectif au subjectif, « spiritualiser » sa théorie et définir dans un sens idéaliste le droit enfin subjectif de la personne morale proprement dite. Pour cela il lui a fallu substituer à la donnée naturelle pure et simple du centre di'ntérêt organisé dont se contentait Michoud, l'idée d'une conscience se représentant ces intérêts et voulant les réaliser. Or c'est pour opérer cette synthèse délicate, ce passage, qu'il hésite, semble-t-il, entre deux voies, prend tantôt l'une et tantôt l'autre, ou même les prend simultanément toutes les deux pour en éviter une troisième qui se présente pourtant fréquemment à lui, mais dans laquelle il n'ose s'engager, ne voyant pas qu'elle seule le mènerait cependant sans contradiction à cet idéalisme où il veut faire aboutir son réalisme.

La première de ces voies entre lesquelles il semble hésiter ou que parfois il semble confondre,

c'est la voie purement métaphysique. On passe, dit-il, de la personnalité objective à la personnalité subjective avec la même nécessité qu'on va de la puissance à l'acte ou du corps qui est donné agissant à l'âme qui explique son existence et son action. Dans une introduction placée en tête, mais écrite à la suite de sa seconde édition des *Principes de Droit public*, il s'exprime comme ceci[1] : « Si nous admettons au moins comme façon de parler le dualisme du corps et de l'âme, si nous identifions la centralisation politique et juridique au corps et la personnalité morale à l'âme, la position que nous prenons n'est donc pas d'expliquer le corps par l'âme, mais au contraire l'âme par le corps, d'en faire, selon la formule aristotélicienne et thomiste, « l'acte du corps organique », d'expliquer comment le corps qui renferme en puissance l'âme corporative, travaille à s'aménager lui-même pour l'actualiser. Nous ne faisons donc pas du droit public subjectiviste, en ce sens que nous n'expliquons pas l'organisation de l'État par les décrets de la volonté subjective d'une personne morale préexistante. Nous faisons du droit public objectiviste, car nous admettons que le corps de l'État s'organise de lui-même comme un ordre des choses par des activités élémentaires; mais nous ajoutons que, par un besoin de liberté, ce corps de l'État tend vers la personnification. » Les mêmes

1. Cf. Hauriou, *Principes de Dr. Pub.*, 2e édit. 1916, Introd., p. XIV.

explications aristotéliciennes et thomistes sont invoquées dans la réponse aux critiques de Gény qui suit l'introduction et dans divers autres passages de l'ouvrage lui-même.

Voilà pour le substantialisme métaphysique, voici maintenant pour l'espèce de nominalisme ou, si l'on veut, d'individualisme que nous avons signalé. En même temps que cette façon de passer de la pré-personnalité objective à la personnalité subjective, Hauriou en indique en effet une autre qui, elle, est donnée pour positive et psychologique, et qui se rapproche bien plus du nominalisme qu'il combat que de ce réalisme qu'il lui oppose et qui se reconnaissait, transposé, dans la métaphysique précédente. Cette fois donc c'est à la conscience et à ses représentations qu'Hauriou s'adresse, donnant à la synthèse créatrice de subjectivité un caractère plus empirique que métaphysique. Nous avons expliqué plus haut comment dans cette synthèse c'est la conscience de la communauté des membres intéressés à l'œuvre sociale et se représentant idéalement cette œuvre, qui devient le sujet proprement dit de la personnalité morale : la communauté des habitants de la commune pour la personne morale commune, celle des citoyens d'une même nation pour la personne morale État, celle des actionnaires ou des sociétaires pour la personne morale société ou association. « Ces idées d'œuvre sociale à accomplir, dit notre auteur, correspondent à l'élément du centre d'intérêts et du but dans l'institu-

tion objective. Mais elles sont à l'état subjectif parce qu'elles sont entrées dans la volonté commune de tous les membres de la communauté[1] ».

Mais que faut-il entendre lorsqu'on parle de la conscience et de la volonté de cette communauté? Toute la question est là. On pourrait croire et plus d'un passage inclinerait à faire croire que le réaliste Hauriou va accepter franchement la réalité de cette conscience et de cette volonté. Mais il n'en est rien : il ne fait que côtoyer la thèse sociologique et c'est précisément sa peur instinctive d'accorder une réalité proprement dite à la collectivité, qui nous a fait l'accuser plus haut d'une sorte de nominalisme et qui empêche en tout cas son réalisme d'aboutir, sinon artificiellement, à l'idéalisme. Suivons en effet son effort. Le sens en est très nettement indiqué par la déclaration initiale qui ouvre toute la démonstration : « On n'a rien fait pour la théorie de la personnalité subjective des institutions sociales, tant qu'on n'a pas traité la question du sujet moral, c'est-à-dire du sujet conscient et libre. L'esprit humain obéissant à sa logique, creuse jusqu'à ce qu'il ait trouvé cette racine. Les personnes humaines sont des sujets conscients et libres, il faut que les personnes sociales le soient aussi. Cette question est redoutable, *car il faut éviter* (c'est nous qui soulignons) le point de vue d'une conscience collective qui serait incommunicable

1. Cf. Hauriou, *Principes de Dr. Pub.*, 2e édit., p. 107 et 219.

aux membres individuels de l'institution sociale et qui serait à la fois divinatoire et menaçante[1] ».

Abandonnant donc l'idée d'une telle conscience collective, il s'agit de définir une conscience et une volonté communes qui n'aient pas par elles-mêmes de vraie réalité sociale, et qui n'aient en quelque sorte qu'une efficacité dérivée. La première difficulté que signale l'auteur lui-même, c'est de saisir la vraie nature de la volonté commune et de comprendre qu'elle n'est pas le véritable sujet, que le sujet, dans l'institution sociale, c'est l'idée sociale en tant qu'acceptée par la volonté commune, *et non pas la volonté commune en tant qu'acceptant l'idée sociale*. Cette distinction est artificielle et inutile, sinon pour ne pas arriver à la sociologie, — car rien n'empêche qu'une communauté d'intérêts ou de buts ne fasse naître une conscience commune vraiment réelle, et on ne comprendrait pas au contraire qu'une conscience commune naquît *ex nihilo*. Pour la justifier l'auteur esquisse une psychologie non moins artificielle de la volonté commune. Cette volonté commune n'est pour lui ni la simple volonté de vivre ensemble, ni la « prétendue volonté générale » de Rousseau, contre laquelle il s'élève de toute son énergie : c'est une volonté d'adhérer aux idées fondamentales qui ont présidé à la constitution du groupe. Cette volonté d'adhésion est, nous dit Hauriou, *à l'état subjectif dans le groupe*. Elle

1. Cf. Hauriou, *Principes de Dr. Pub.*, 2e édit., p. 266.

est donc une partie du sujet, mais elle n'en est ni le tout ni même l'élément principal, puisqu'elle est subordonnée à l'idée de l'œuvre à réaliser. « C'est par la volonté commune que l'idée devient consciente, mais l'*idée est ce qui devient sujet conscient*, par conséquent elle est le sujet. L'idée est plus que la conscience comme élément du sujet, en ce sens que c'est l'idée qui doit se penser elle-même. C'est en tant qu'il est une idée que le sujet est une personnalité définie, ayant un but défini, une vocation définie. Si le sujet moral État était uniquement la volonté commune, il n'aurait rien de défini, il pourrait varier et osciller suivant les oscillations et les variations de la volonté commune, il n'aurait pas de cadre, pas d'armature, pas de consistance, mais il est l'idée sociale se pensant elle-même dans la volonté commune[1] ».

Cette explication nous apparaît comme bien peu satisfaisante. Si nous prenions à la lettre la dernière formule : l'idée sociale se pensant elle-même dans la volonté commune, il serait difficile de voir comment elle s'opposerait, comme le veut l'auteur, à la thèse de la conscience collective réelle et efficace, source et foyer des idées et des sentiments de la collectivité large ou étroite. Mais si nous expliquons cette formule par ce qui précède, il nous apparaît alors que l'auteur pose, indépendamment des consciences éphémères, une

1. Hauriou, *Principes de Droit Pub.*, 2e édit., p. 276.

idée réelle et stable qui les domine. Nous demandons en quoi ce réalisme de l'idée est plus satisfaisant que celui de la conscience collective, et quel avantage il y a à réintroduire ici les difficultés de la métaphysique platonicienne. Les idées sont par elles-mêmes des êtres et ce sont les êtres par excellence, voilà ce que l'auteur est conduit à affirmer faute de vouloir reconnaître la réalité de la conscience collective !

Que cette fois encore la fameuse synthèse, quoique empirique dans son dessein, finisse par s'appuyer sur la métaphysique, c'est ce que Hauriou est le premier à reconnaître. « Nous sommes obligé de constater, avoue-t-il, que la doctrine de la réalité des personnes morales implique une certaine croyance philosophique à la vie propre des idées et à la nature foncièrement idéale des êtres qui est une sorte d'idéalisme platonicien[1] ». C'est bel et bien en effet par une sorte de *participation* que cette idée fait descendre sa réalité dans les consciences pour devenir sujet conscient. Que d'autre part son explication ait toutes les apparences d'une transposition métaphysique *in extremis* de l'explication sociologique, transposition opérée pour obtenir les mêmes résultats que cette explication sans en accepter les postulats, pourtant seuls d'accord, répétons-le, avec le réalisme, c'est ce dont l'auteur a le sentiment, puisqu'il se hâte d'ajouter : « On peut se demander si en fai-

1. Hauriou, *Principes de Dr. Pub.*, 2e édit., p. 281.

sant de l'idée de l'œuvre sociale le sujet des états de conscience communs, nous ne retournons pas à la conception d'une conscience collective transcendante aux consciences individuelles ». Non; et c'est maintenant Tarde qu'après Platon il va appeler à l'aide contre le danger sociologique : « Ce n'est pas, répond-il en effet, un phénomène de superposition d'une conscience collective aux consciences individuelles, c'est un phénomène d'interpénétration de consciences individuelles hantées par une idée commune, et *en réalité ce sont les consciences individuelles qui se pensent les unes les autres et qui ainsi se possèdent les unes les autres*[1] ». Au moment de cette incarnation de l'idée sociale dans les consciences, la représentation que celles-ci s'en font est bien « détachée des consciences individuelles », mais « dans une certaine mesure » seulement, « pas complètement ». En un mot, pas de conscience collective, mais une interpénétration de consciences individuelles avec hantise sociale.

Ainsi viennent successivement à la rescousse la philosophie de Platon et l'interpsychologie de Tarde qui d'ailleurs n'est pas nommé, donc un réalisme métaphysique et un individualisme nominaliste, comme nous l'avons annoncé. Ces deux points de vue se fondent-ils dans la pensée d'Hauriou, ou s'y contrarient-ils, ou sont-ils offerts aux préférences de chacun? Nous inclinons à pen-

1. Hauriou, p. 280.

ser qu'il y a dualisme et que l'auteur, pour arriver à l'individualisme sans traverser la sociologie proprement dite, a choisi toutes les voies qui s'ouvraient. Et cependant c'est lui-même qui, dans la notice consacrée à l'œuvre de Michoud, avait bien vu que la solution sociologique s'offrait comme la plus naturelle et la plus simple, lorsque bien entendu l'on part comme lui du réalisme. « Si la volonté collective, écrivait-il, existait réellement dans les groupements, elle réaliserait la synthèse de leur personnalité psychologiqueet il n'y aurait pas besoin de faire appel à l'intervention du droit [1] ».

En tout cas un fait demeure, et capital au point de vue de la portée idéale du réalisme, c'est que comme le système très réaliste de Duguit mais d'une façon beaucoup plus décidée, comme le système moins réaliste de Gény mais d'une façon beaucoup plus logique et plus forte, celui d'Hauriou tend invinciblement vers l'idéalisme. Si l'on peut, comme nous venons de le faire, discuter sur la valeur des moyens, on ne peut pas le faire sur l'évidence de la fin qui s'impose. Hauriou la proclame très justement comme différenciant profon-

1. Hauriou, Notice sur les œuvres de L. Michoud, *Rev. de Dr. Pub.*, 1916, p. 483-530. Notons que si Hauriou invoque, dans ce passage, l'intervention de la loi, c'est parce qu'il n'est pas arrivé alors à sa conception définitive et que nous venons d'exposer : la synthèse *spontanée* de la personne morale au moyen de la représentation par les consciences individuelles de l'idée sociale.

dément son œuvre de celle de Michoud, resté, comme M. Demogue, beaucoup trop fidèle au réalisme matérialiste d'Ihering. « Michoud ne distingue pas comme moi l'individualité objective et la personnalité subjective. Sa doctrine en reste matérialisée et cette distinction m'a permis de spiritualiser la mienne. J'ai pu rejeter du côté de l'individualité corporative et les intérêts et les organes et la volonté de puissance ; je n'ai gardé comme étant l'âme du sujet moral que l'idée de l'œuvre sociale se pensant dans la volonté commune[1]. » Même note enfin très catégoriquement idéaliste dans la notice déjà citée sur l'œuvre du même Michoud : les intérêts ne peuvent se réaliser que par une volonté qui sera chargée, au moment de l'acte, d'apprécier si leur réalisation est juste ou non. La volonté à l'aide de son sens intime du juste, arbitre ce qu'il est juste de faire protéger par le droit. C'est donc grâce à cette domination morale de la volonté sur les intérêts que ceux-ci se transforment subjectivement en des droits. Et s'il peut paraître par cette dernière indication qu'Hauriou revienne aussi franchement que Gény à un critère de droit naturel, il est juste de ne pas oublier l'effort plus ou moins heureux mais certain qu'il a fait pour asseoir ce droit naturel sur une donnée réelle : la donnée d'espèce, au lieu de se contenter de reprendre avec Saleilles la théorie du droit naturel à contenu variable de Stammler. Cet

1. Hauriou, *Principes de Droit Pub.*, 2[e] édit., p. 284.

effort tend, de l'aveu de son auteur même, à retrouver par la méthode positive les bases du droit naturel.

Effort bien caractéristique en effet et qui soulève tout le réalisme français pour lui faire retrouver et justifier, par la méthode qui lui est propre et qu'il a opposée à la méthode *a priori*, un idéalisme aussi bien fondé et aussi fécond que celui de la philosophie *a priori* et du droit naturel. Nous avons essayé d'établir que si cet effort a mené plus d'une fois le réalisme à se contredire ou même à se nier lui-même, cela ne tenait nullement à son impossibilité d'aboutir mais à la façon dont il était conduit. La voie sociologique nous a paru s'offrir au bon moment à chacun de nos auteurs pour les mener naturellement et nécessairement au but. Si c'est Hauriou qui de beaucoup nous a paru réaliser le mieux ce but, c'est que c'est lui précisément qui, tout en refusant pour des motifs métaphysiques de la prendre franchement, s'est cependant le moins écarté de cette voie.

III

Un autre que nous ne pouvons pas ne pas rapprocher d'Hauriou, malgré des différences si radicales de tempérament et d'orientation politique et religieuse, Emmanuel Lévy, a pris très nettement cette même voie pour allier positivisme et idéalisme et il y a réussi. Voici accompli par lui à propos de la personne morale, le pas décisif qui

effrayait Hauriou : une personne morale n'est que la forme plus précise et particulière que prend dans un certain but la conscience collective à laquelle chacun de nous emprunte sa personnalité[1]. Et voici, d'une façon générale, la source tout idéale du droit : si c'est cette conscience collective qui dans la mesure où elle est dégagée, fixe les droits des individus même lorsqu'ils contractent, à plus forte raison les fixe-t-elle lorsque leurs rapports ne sont pas contractuels. Voilà pourquoi la responsabilité délictuelle n'a pas d'autres bases ni d'autres limites que celles que lui donnent les représentations collectives du milieu social. Pour Hauriou, le droit subjectif sortait de l'institution, pour Emmanuel Lévy le droit résulte d'une croyance qui s'élabore autour d'une situation. C'est donc très nettement cette fois que le droit repose sur les croyances, qu'il émane de la conscience collective, lieu de ces croyances[2].

Une conférence célèbre[3] sur l'affirmation du droit collectif présente la justification de ce point de vue tant à propos du droit de propriété auquel déjà l'auteur avait consacré sa thèse, qu'à propos du droit de créance. Le droit de propriété tout d'abord : « Celui-ci repose sur une croyance. On peut prouver simplement ceci qu'on croit être propriétaire, et plus exactement tout ce que le

1. Cf. *Rev. trimestr. de Dr. civil*, 1903, p. 95-106; 1910, p. 717-722.
2. Cf. *Rev. Socialiste*, 1911, p. 547.
3. Conférence faite à Lyon en 1905.

propriétaire peut prouver, c'est qu'il a fait un acte permettant de lui prêter la croyance qu'il est propriétaire, ou plus exactement encore ce qu'il peut prouver c'est que les autres croient en sa croyance, en d'autres termes qu'ils croient en son droit. Ainsi la propriété individuelle ne repose que sur les croyances collectives. » Voici maintenant le droit de créance : « Le créancier, c'est celui qui croit être créancier, qui croit en son droit à une valeur, à un prix; et pour lui comme pour le propriétaire, c'est seulement dans la mesure où on le croit pour lui qu'il est créancier. » Par exemple si je contracte avec un incapable, avec un mineur ou un mandataire ou un administrateur qui ont dépassé leurs pouvoirs, mais que j'aie été amené à les tenir pour capables pour ayant pouvoirs, mon contrat sera valable. Et notre auteur de conclure : « Ce qui fait le droit de créance, c'est donc à défaut de tous autres éléments la croyance de la collectivité. Et cela est si vrai que si notre croyance n'est pas conforme aux croyances sociales, elle n'est pas respectée par le juge. Les conventions des individus ne sont sanctionnées que dans la mesure où elles sont conformes aux croyances collectives dont le juge se fait l'interprète, sinon le juge les annule comme faites par erreur, dol ou comme contraires à l'ordre public[1]. » Croyance réelle, confiance

1. Cf. *loc. cit.*, p. 20, 21, et 22 ; cf. aussi, *Rev. de Méta. et de Morale,* 1911, p. 412-416 et « Responsabilité et Contrat, extr. de la *Rev. de Législat. et de Jurispr.*, 1899, Paris, Pichon.

légitime, voilà en un mot ce qui fonde toute espèce de droit; et nous sommes bien, avec Em. Lévy, en présence d'un positiviste dont l'idéalisme très certain n'a rien d'*a priori*, mais qui se borne trop souvent à des indications pas toujours très claires et dont surtout l'effort tend plus à des applications politiques et sociales qu'à la théorie pure.

CONCLUSION

La Conception sociologique du Droit : un Idéalisme issu de l'Expérience

Mais nous pouvons maintenant conclure : la possibilité théorique d'un réalisme tel que nous l'avons défini, d'un réalisme qui ne laisse rien échapper de la valeur idéale du droit, nous semble résulter clairement de l'épreuve critique à laquelle nous venons de soumettre les principales doctrines contemporaines. Il serait donc aussi injuste de discréditer le réalisme au nom d'un idéalisme qu'il n'est pas de son essence de nier, qu'au nom de conséquences fortuites qu'une volonté pernicieuse et une déformation systématique ont pu lui faire produire en Allemagne. Il suffit, nous l'avons vu, de croire à la réalité de la conscience collective pour rendre compte objectivement de ce que le droit contient d'idéal. Si en effet ces règles idéales dont on fait d'ordinaire des préceptes de droit naturel s'imposant *a priori*,

apparaissent effectivement à chaque individu comme s'imposant à lui-même, comme lui préexistant et le débordant, c'est qu'effectivement elles lui sont extérieures et supérieures. Mais pour être telles, il ne s'ensuit pas qu'elles ne puissent être réellement données dans la conscience collective, laquelle déborde en effet la conscience individuelle et réunit toutes les conditions nécessaires pour lui proposer et lui imposer un idéal. Cette explication de l'idéal — juridique ou moral peu importe, car les conditions sont les mêmes — a été assez nettement formulée par Durkheim dans ses derniers écrits, et elle est d'ailleurs assez facile à pousser plus loin encore qu'il ne l'a fait lui-même, pour qu'on cesse enfin d'admettre que toute sociologie tombe sous le reproche courant de ne viser que l'être et non le devoir-être, la description et non la prescription.

Mais l'idéal ainsi expliqué par la conscience collective qui en est présentée comme le foyer d'élaboration, devient lui-même un fait d'observation puisque l'éclosion historique d'idéaux dans la conscience collective d'une époque, par exemple d'une époque d'exaltation révolutionnaire ou religieuse, est un fait que l'on peut observer, et rattacher à ses causes, et auquel on peut voir produire des effets dans les consciences individuelles. L'aspiration d'une conscience individuelle vers le mieux resterait subjective et hétérogène à l'observation scientifique, mais les aspirations collectives sont, comme telles, objectives et donnent

prise à l'observation et à l'explication. Collectif et objectif, ces deux caractères de l'idéal sont solidaires. Mais alors le caractère collectif accepté, on voit comment devient naturel ce passsage que nous venons d'étudier à propos de la notion du droit, du réalisme à l'idéalisme.

En étudiant les faits en effet, et du pur point de vue réaliste, on relève l'existence de droits. Chacun de ces droits signifie une valeur reconnue et consacrée comme idéale, respectable et effectivement intangible sous peine de sanction. Mais s'il est vrai que ce soit la conscience collective qui discerne, impose et sanctionne ces valeurs, l'observation ne les rencontrera que dans le monde idéal en même temps que donné de ses représentations, et jamais simplement dans le monde des faits, comme de simples qualités intrinsèques et naturelles de certaines situations ou de certaines personnes priviligiées.

Par exemple pour définir correctement la personnalité juridique qui pose si complètement la question de la source et de la nature du droit, il faudra, à notre avis, renverser le point de vue ordinaire : au lieu d'attribuer d'emblée la personnalité à l'individu comme tel et de rechercher ensuite s'il n'existe pas des personnalités non individuelles qui soient des personnes au même titre que les individus, on devra admettre ce seul postulat : la personnalité est un attribut exclusivement moral et nullement physique. Aucune raison dès lors pour que cet attribut soit le mono-

pole des individus, puisque les titres à la personnification sont avant tout moraux. Le groupe pourra les posséder et sans aucune fiction tout aussi bien que les individus. Si la personnalité est la consécration d'une valeur, il faut, pour posséder cette valeur et se la voir reconnaître, l'acquérir et la mériter. Cela est vrai exactement de la même façon pour les groupes et les individus. S'il y a des groupes qui n'ont pas réellement une conscience collective, il y a de même des individus qui n'ont pas réellement une conscience individuelle. Pas plus que ces groupes ils ne seront des personnes. Ils n'auront pas assez de valeur pour que la conscience commune, dispensatrice du droit, les révère et les protège. Et c'est seulement au contraire lorsque cette même conscience aura conféré cette qualification juridique et morale qui sera la personnalité, que l'individu ou le groupe ainsi investis acquerront droit et souveraineté.

En foi de quelle valeur enfin cette investiture sera-t-elle accordée? Il est clair qu'aux yeux de la conscience collective, source des valeurs, ce qui fait la valeur ce ne peut être que le degré de participation de la conscience isolée ou de groupe qu'elle a à juger, à sa propre nature à elle. Sera donc sacrée personne et protégée comme telle par le droit, toute conscience d'individu ou de groupe qui aura su incarner en elle une part de l'idéal social. Voilà l'équivalent social de l' « éminente dignité » des individualistes.

Et voilà enfin en même temps le fondement de cet idéalisme issu de la réalité et de l'histoire que nous avons essayé de définir en matière de droit. A l'idéalisme *a priori* des valeurs innées et inscrites sur les tables du droit naturel, il oppose celui des valeurs acquises et constituées au fur et à mesure de ce long progrès historique qui a nom civilisation. Valeurs acquises qui nous sont précisément d'autant plus chères et sacrées qu'elles sont l'œuvre séculaire de notre espèce et témoignent de son progrès. Droit de la personnalité et de la nationalité, inviolabilité de la justice, respect de la promesse, voilà, si ce ne sont pas de beaux instincts innés, autant de conquêtes pénibles et lentes de l'humanité sur elle-même; voilà aujourd'hui le contenu de notre idéal humain. Et de cet idéal le réalisme que nous avons voulu juger, n'est nullement la négation : lui seul est capable au contraire d'en fournir une justification expérimentale; et en le rattachant à ses humbles origines réelles, il ne tend qu'à nous en faire estimer plus haut le prix.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

Le Droit et la notion de personne

I. Le sujet de droit : individu et collectivité. — II. Les vues de Saleilles : droit corporatif et droit romain. — III. Les vues de Saleilles : droit corporatif et droit germanique. — IV. Les théories individualistes de la fiction et les conclusions de Saleilles. — V. L'institution et le droit objectif d'après M. Hauriou. — VI. La personnification et le droit subjectif d'après M. Hauriou. — VII. Critique des conclusions de M. Hauriou. — VIII. Le réalisme radical de M. Duguit. p. 1 à 31

DEUXIÈME PARTIE

De l'Expérience à l'Idéalisme

L'Idéalisme et les Conceptions réalistes du droit.

INTRODUCTION

I. Le droit, les faits et la guerre. — II. La théorie métaphysique du droit naturel a-t-elle le monopole de l'idéalisme? — III. Que vaut l'antithèse du réalisme et de l'idéalisme ? . . . . p. 33 à 53

CHAPITRE PREMIER

Une Conception réaliste radicale : M. Duguit

I. Le droit objectif et la règle de droit. — II. Les transformations réalistes du droit privé : la notion de fonction sociale. — III. Transformations analogues dans le droit

public : la notion de service public. — IV. M. Duguit ne fonde pas le droit sur la force. — V. M. Duguit contre l'idéalisme : la règle de droit et le fondement sociologique du droit. p. 53 à 105

CHAPITRE II

Un essai de conciliation du droit naturel et des données de l'expérience : M. Gény

I. La science du droit, la métaphysique et la sociologie. — II. La science et la technique dans l'élaboration du droit. — III. L'irréductible droit naturel antérieur et supérieur à l'expérience . . . . p. 105 à 132

CHAPITRE III

Le droit objectif de l'institution et la déduction du droit subjectif

I. Le fondement réaliste de la personnalité juridique. — II. Le passage au droit subjectif : sociologie et métaphysique. — III. Comparaison avec l'idéalisme de M. Emmanuel Lévy . . . . p. 132 à 161

CONCLUSION

La Conception sociologique du Droit : un Idéalisme issu de l'Expérience . . . . p. 161 à 165

St-Denis — Imp. J. Dardaillon

